DER BEGRIFF DES GEWAHRSAMS IM R.St.G.B. NACH DER RECHTSPRECHUNG DES REICHSGERICHTS.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER

JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT

ZU

FREIBURG IM BREISGAU

VON

RUDOLF KRAHMER,

GERICHTSASSESSOR AUS PHILIPPSBURG (BADEN).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

FREIBURG I. BR.
CARITAS-DRUCKEREI.
1913.

Referent: **Herr Geh. Hofrat Prof. von Rohland.**

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil.

Der Gewahrsam als Tatbestandsmerkmal der §§ 242, 246, 350 R.St.G.B.

§ 2. Der Begriff des Gewahrsams 3
§ 3. Der Erwerb des Gewahrsams 17
§ 4. Die Fortdauer des Gewahrsams 26
§ 5. Der Verlust des Gewahrsams 37
§ 6. Der Mitgewahrsam 52

Zweiter Teil.

Der Gewahrsam als Tatbestandsmerkmal in sonstigen Bestimmungen des R.St.G.B.

§ 7. Der Gewahrsam in den §§ 133, 348 Abs. 2, 349 R.St.G.B. 66
§ 8. Der Gewahrsam in § 137 R.St.G.B. 74
§ 9. Der Gewahrsam in § 168 Satz 1 und § 367, Ziffer 1 Satz 3 R.St.G.B. 77
§ 10. Der Gewahrsam in § 289 R.St.G.B. 79
§ 11. Der Gewahrsam in § 291 R.St.G.B. 85
§ 12. Der Gewahrsam in den §§ 354, 355 R.St.G.B. . . 87
§ 13. Der Gewahrsam in den Übertretungen des § 370 Ziffer 2, 5 und 6 R.St.G.B. 91
§ 14. Schluß 94

Literaturverzeichnis.

Annalen der Großherzoglich badischen Gerichte (bad. Ann.)[1].

Bender: Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? 1908, Freiburger Abhandlungen Heft 14.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 17. Aufl. 1895.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil (I=1. Band 1902, II, 1 = 2. Band, erste Abteilung, II, 2 = 2. Band, zweite Abteilung).

Deutsche Juristen-Zeitung (D. J. Z.).

Drews: Der Arrestbruch nach Str.G.B. § 137. Dissert. Greifswald 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (E.).

Eckardt: Kontroversen in der Lehre vom Diebstahle. Dissert. Würzburg 1899.

Ewald, Ernst: Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Dissert. Rostock 1900 (Ernst Ewald).

Ewald, Hans: Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung voneinander. Dissert. Freiburg 1899 (Hans Ewald).

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. bis 10. Aufl. 1911.

Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (G. A.).

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, II 1 und 2 = II. Band 1. und 2. Abteilung 1884 und 1887.

[1] Das in Klammer Beigefügte bezeichnet die benützte Abkürzung; im übrigen wurde der Name des Autors hierfür verwendet.

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", besonderer Teil, VI. Band 1907.

Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, herausgegeben von v. Holtzendorff (H. H.).

Jahrbücher des Strafrechts und Strafprozesses, herausgegeben von Dr. Soergel und Landgerichtsrat Krause (Soergel-Krause).

Juristische Wochenschrift (J. W.).

Kapff: Die Unterschlagung. Dissert. Tübingen 1879.

Kitzinger: Die Urkundenfälschung, Unterdrückung der Urkunden etc. in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", besonderer Teil, II. Band. 1906.

Lehr: An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? Dissert. Gießen 1894.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. u. 17. Aufl.

Merkel: Strafbare Eingriffe in die öffentlich-amtliche Verfügungsgewalt in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", besonderer Teil, IX. Band.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1895.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, neu bearbeitet von Allfeld, 7. Aufl. 1912 (Meyer-Allfeld).

Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte. Dissert. Würzburg 1906, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 72.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 9. Aufl. 1912.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. Aufl. 1891.

Das „Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (R.).

Römpler: Der Begriff des Gewahrsams im Civil- und Strafrecht. Dissert. Göttingen 1894.

Rüdorff: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben von Stenglein, 4. Aufl. 1892 (Rüdorff).

Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Sächs. Arch.).

v. Schwarze: Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1884.

Seeliger: Der Bruch des amtlichen Gewahrsams im Sinne des § 133 St.G.B. Dissert. Breslau 1901.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Bl. f. R. A.).

Warneyers Jahrbücher der Entscheidungen, B. Strafrecht und Strafprozeß (Warn.).

Widmann-Laemmert: Der Begriff des Gewahrsams in den §§ 242 und 246 St.G.B. Dissert. Heidelberg 1909.

Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland, herausgegeben von Stenglein; Neue Folge (Stenglein).

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, begründet von Dochow und v. Liszt (Z. Str. W.)

und die gelegentlich Aufgeführten.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0010

Einleitung.

§ 1.

Der Begriff des Gewahrsams im Strafgesetzbuch hat im Laufe der Zeit sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung mancherlei Deutungen und Erklärungen gefunden, ohne daß sich inzwischen eine einheitliche, von diesen allgemein anerkannte Definition dieses Begriffes herausgebildet hat.

Das R.St.G.B. selbst gibt keine Erklärung desselben; der Gesetzgeber wollte es der Wissenschaft und Praxis überlassen, den Gewahrsamsbegriff aus dem Gesetze zu entwickeln und ihn nach seinem Wesen und Inhalt zu bestimmen.

Diese Abhandlung nun verfolgt den Zweck, an der Hand der ergangenen Entscheidungen zu zeigen, wie das Reichsgericht diesen Begriff auslegt.

Was die Einteilung des Stoffes angeht, so befaßt sich der erste Teil lediglich mit der Erörterung derjenigen Entscheidungen, die sich auf Diebstahl und Unterschlagung (einschließlich Beamtenunterschlagung) beziehen, und handelt zunächst von dem Gewahrsamsbegriff als solchem, sodann von seinem Erwerb, seiner Fortdauer und seiner Beendigung. Mit der Untersuchung der Mitgewahrsamsverhältnisse schließt dieser Abschnitt.

Der zweite Teil bringt Entscheidungen über die andern Bestimmungen des R.St.G.B., welche den Gewahrsam als Tatbestandsmerkmal aufweisen. Es sind das die §§ 133, 137, 168, 289, 291, 348 Abs. 2, 349, 354, 355, 367 Ziff. 1 Satz 3 und 370 Ziff. 2, 5 und 6.

Berücksichtigung finden hierbei alle hierfür in Betracht kommenden Entscheidungen, soweit sie in den im Literaturverzeichnis aufgeführten Sammlungen und Zeitschriften enthalten sind.

Auf die zahlreichen Streitfragen, welche die hierbei berührten Gebiete des Strafrechts in sich bergen, des Näheren einzugehen, liegt außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung. Sie muß sich deswegen darauf beschränken, die wichtigsten in der Literatur vertretenen Ansichten in den Anmerkungen kurz wiederzugeben. Ebenda finden sich gelegentlich Hinweise auf Entscheidungen früherer Gerichte, die um deswillen erwähnenswert erschienen, da sie entweder in besonders hervorstechender Weise die Ansicht des Reichsgerichts über eine Frage teilen oder aber einen dieser entgegengesetzten Standpunkt vertreten.

Erster Teil.

Der Gewahrsam als Tatbestandsmerkmal der §§ 242, 246, 350 R.St.G.B.

§ 2.

Der Begriff des Gewahrsams.

I. Völlige Übereinstimmung herrscht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts darüber, daß der Gewahrsamsbegriff ein speziell strafrechtlicher ist, sein Inhalt daher von dem jeweils geltenden Zivilrecht unbeeinflußt bleibt und von dessen Änderungen und Wandlungen nicht betroffen wird. Demgemäß hat auch die Neuregelung des Besitzrechts in den §§ 854 ff. B.G.B. keine Wirkung auf die strafrechtliche Rechtsprechung, wenigstens soweit die des Reichsgerichts in Frage steht, ausgeübt[1].

[1] Auch die Literatur vertritt überwiegend diese Ansicht, die besonders stark von Binding I, 243 ff., 286 betont wird. Ebenso für den Rechtszustand vor dem B.G.B.: Hälschner II Bd., 1. Tl., S. 283 ff.; v. Schwarze S. 667, Note 9; Oppenhoff S. 558, Note 16; Meyer S. 551. Wie Binding-Harburger S. 198, Meyer-Allfeld S. 500, Anm. 30; Frank S. 402; Olshausen S. 956/57, Note 15 u. 16; Merkel in H. H. III, 638; Rotering in G. A. XLVII, 252; Schmidt in D. J. Z. 1900. 146 ff.; Springer in Sächs. Arch. II, 313 ff.; Bender S. 8; Ernst Ewald S. 12 ff.; Hans Ewald S. 17; Micelli S. 28 ff.

Etwas abweichend v. Liszt S. 425, Anm. 5: der strafrechtliche Gewahrsam sei identisch mit dem Begriff des Besitzes in § 854 B.G.B.; dagegen müsse abweichend von den §§ 855, 868 B.G.B. dem Besitzdiener der Gewahrsam zugesprochen werden. Auch erlange der Erbe durch den Erbfall als solchen nicht ohne weiteres den Gewahrsam an den Nachlaßsachen,

So führt das Reichsgericht schon in E. 5, 43/44 in dieser Hinsicht aus: „Bei der Frage aber, ob mit der rechtswidrigen Zueignung einer fremden beweglichen Sache Diebstahl oder Unterschlagung verübt wird, kommt es nicht auf den juristischen Besitz, sondern nur darauf an, ob die Sache zur Zeit der Zueignung sich bereits im Gewahrsam des Täters befunden, das ist, ob der letztere das physische Vermögen ausschließlicher, tatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes gehabt hat."

Aus diesem Grunde erkennt denn auch das Reichsgericht in E. 5, 4 ff. die Annahme des Untergerichts, der Angeklagte habe in seiner Eigenschaft als Kassierer und Vorstandsmitglied einer Gewerbekasse einen an deren Order gestellten Wechsel als körperliche, besitzfähige Sache im Gewahrsam gehabt, da ihm nach den gegebenen Verhältnissen über den ihm von

---

sondern erst durch den Erwerb der tatsächlichen Gewalt über diese. Stenglein (Lexikon des deutschen Strafrechts [1900] I, 751/52) dagegen erklärt, daß durch den § 854 B.G.B. der Begriff des Besitzes eine mit dem bisherigen Gewahrsamsbegriffe übereinstimmende Definition erhalten habe und nunmehr beide Begriffe gleich seien. Ähnlich Redslob in Z. Str. W. XXX, 204 ff. und Goldschmidt in G. A. XLVII, 352 ff. Ebenso hält Kapff (S. 60) die Begriffe Besitz und Gewahrsam in § 246 R.St.G.B. jedenfalls „für das Gebiet des gemeinen römisch-deutschen Privatrechts als gleichbedeutend mit den civilistischen Begriffen des Besitzes und der Detention". Bekker (in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts XLIV, 64 ff.) ist der Ansicht, daß bei einem einheitlichen Privatrecht für ganz Deutschland neben einem einheitlichen Strafrechte der zivilrechtliche Besitz derselbe sein müsse wie der strafrechtliche. Vordem könne dies allerdings nicht der Fall sein, da der Besitz- oder Gewahrsamsbegriff in den verschiedenen Partikularzivilrechten nicht übereinstimme. Nach der Ansicht von Bekker wäre also der strafrechtliche Gewahrsam seit dem Inkrafttreten des B.G.B. gleich dem Besitz des § 854 daselbst.

den Ausstellern übergebenen Wechsel die Verfügungsgewalt zugestanden habe, als richtig an und bemerkt noch dazu: Der Gewahrsam habe dadurch seinen Charakter nicht verloren, daß er vom Angeklagten für die von ihm vertretene Gesellschaft ausgeübt worden sei, da „für den Begriff des Gewahrsams die Unterscheidung zwischen sogenanntem Civil- (juristischem) und Naturalbesitz (Detention) bedeutungslos“ sei.

Weiter erklärt es in E. 10, 257 ff.; 23, 71 ff.; 34, 374 ff.; Bl. f. R. A. 76, 394/95, daß der Gewahrsam nicht mit den zivilrechtlichen Begriffen von Eigentum und juristischem Besitze zusammenfalle, und in R. 3, 643 ff. (648) führt es aus, daß der Besitz eines Andern, der erforderlich sei, damit ihm die Sache weggenommen werden könne (§ 242 R.St.G.B.), nicht im juristischen Besitze, sondern „in der faktischen Innehabung oder der tatsächlichen Gewahrsam an der Sache“ bestehe.

E. 30, 88 ff. schließt noch ausdrücklich für die Bestimmung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins des Gewahrsams die an dem betreffenden Orte geltenden zivilrechtlichen Vorschriften über Besitz und Detention aus und erklärt diese hierfür für nicht maßgebend.

Eine unter der Herrschaft des B.G.B. ergangene Entscheidung — E. 37, 198 ff. — spricht sich besonders klar und deutlich gegen die Zulässigkeit der Entlehnung des Begriffs des Besitzes in § 246 R.St.G.B. (der ebenda S. 200 als gleichbedeutend mit dem Worte „Gewahrsam“ festgestellt wird)[1] aus dem Zivilrecht mit folgenden Worten aus: „Allerdings betrachtet das bürgerliche Recht (§ 868 B.G.B.) nicht nur den Pfandgläubiger, der das Pfand in Verwahrung hat, sondern

[1] Vgl. dagegen E. 6, 117/8, wo das Reichsgericht zwischen Gewahrsamsinhaber und Besitzer unterscheidet, und unten S. 41 Anm. 1. Siehe auch unten S. 96.

auch den Verpfänder als Besitzer und nennt den Besitz des letzteren einen mittelbaren. Allein dieser mittelbare Besitzer steht nicht in einer solchen tatsächlichen Beziehung zu der verpfändeten Sache, wie sie beim Vergehen der Unterschlagung auf seiten des Täters unterstellt ist. Die Annahme aber, daß Besitz, wie er in § 246 St.G.B. vorausgesetzt wird, ohne weiteres in jedem Fall vorliege, in welchem das bürgerliche Recht solchen anerkennt, ist nicht angängig.... (Es) ... kann da, wo ein Strafgesetz von Besitz spricht, weil der Besitz, wenn ihm auch vom bürgerlichen Recht gewisse rechtliche Wirkungen beigelegt sind, doch nicht ein ausschließlich privatrechtliches Institut, sondern zunächst rein tatsächlicher Natur ist, nicht ohne weiteres dieser Ausdruck aus dem technischen Sprachgebrauche des bürgerlichen Rechts verstanden werden." Diese Ablehnung der Übernahme des bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriffes in das Strafrecht begründet das Reichsgericht noch eingehend aus den Motiven zum R.St.G.B.

In ähnlicher Weise verwehrt es die Verwendung des zivilrechtlichen Besitzbegriffes zur Erklärung des strafrechtlichen in J.W. 1904, S. 581 Nr. 17; Recht 1902, S. 328 Nr. 1641 und 1907, Sp. 140 Nr. 260; G.A. 47, 441 und 54, 78; Bl. f. R. A. 76, 394/95.

In E. 34, 252 ff. stellt es mit Bezug auf § 242 R.St.G.B. insbesondere auch die Bestimmung des § 857 B.G.B., wonach der Besitz unmittelbar auf den Erben übergeht, als für das Gebiet des Strafrechts bedeutungslos hin.

II. Wenn nun der strafrechtliche Besitz oder Gewahrsam mit dem des Zivilrechts nicht übereinstimmt, worin besteht dann sein Wesen und sein Inhalt?

Hierauf antwortet das Reichsgericht in E. 23, 71 ff. (75) folgendermaßen: „Der Gewahrsam ... ist vor allem ein tatsächliches Verhältnis[1] — das der tat-

[1] Ebenso J. W. 1891, S. 112 Nr. 16 und S. 257/8 Nr. 24.

sächlichen Herrschaft über eine Sache —, welches nicht immer sofort mit der Erlangung des Eigentums oder juristischen Besitzes verbunden ist, sondern vielmehr besonders hergestellt werden muß. Derjenige, welcher an einer Sache Eigentum oder juristischen Besitz erworben hat, kann zwar dieselbe gleichzeitig hiermit in Gewahrsam nehmen, er kann aber auch den Gewahrsam einem Dritten überlassen oder bei dem Eigentümer belassen."

In R. 4, 129; E. 34, 374 ff. und 37, 198 ff. ist der Gewahrsam definiert als die „tatsächliche Verfügungsgewalt", und E. 5, 219 ff. spricht diesen demjenigen zu, der „physisch, d. h. tatsächlich allein in der Lage ist, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen" [1].

Noch etwas ausführlicher E. 32, 180: „Der Gewahrsam bedeutet das physische Vermögen ausschließlicher, tatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes, also vor allem ein räumliches Verhältnis des Menschen zur Sache." [2]

Wenn hiernach auch der Gewahrsam gleichbedeutend ist mit der Möglichkeit der Herrschaftsausübung über eine Sache, so „kann doch dieses Moment der faktischen Beherrschungsmöglichkeit durch das . . . Verhältnis physischer Nähe allein noch nicht als hergestellt angesehen werden". Daher spricht das Reichsgericht in E. 23, 75/76 dem Käufer eines Ackers noch auf dem Halm befindlichen Getreides, das er bei einer Zwangsversteigerung vom Gerichtsvollzieher zugeschlagen und übergeben erhalten hatte, den Gewahrsam an dem Getreide ab, da mit der ausschließlichen Herrschaft des Grundstückseigentümers über sein

[1] Im gleichen Sinne E. 5, 42 ff., 222 ff.; 10, 257 ff.; 30, 88 ff.; 31, 317 ff.

[2] Ähnlich E. 34, 252 ff. und Recht 1907, Sp. 140 Nr. 260.

Grundstück diesem letzteren die tatsächliche Herrschaft über die Früchte desselben — wenigstens solange diese noch mit dem Grundstück zusammenhingen — verblieben war, trotz des Zuschlages an den Ersteigerer.

Eine Folge des zur Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes nötigen Erfordernisses, daß die Sache selbst der faktischen Herrschaft des Gewahrsamsinhabers räumlich-körperlich unterworfen ist, besteht darin, daß nur der unmittelbare Besitzer Gewahrsamsinhaber sein kann[1], und daher nur dieser, nicht auch der mittelbare Besitzer, durch rechtswidrige Zueignung einer in seinem Besitz befindlichen Sache Unterschlagung begehen kann. Daher hob das Reichsgericht in E. 37, 198 ff. die Verurteilung eines Angeklagten, der von einem Dritten Wertpapiere zur Verpfändung für eine Darlehensgewährung leihweise erhalten und auch zum Pfand gegeben, demnächst sie aber ohne Einwilligung des Verleihers und, ohne sie wieder eingelöst zu haben, verkauft hatte, wegen Unterschlagung auf. Denn er hatte als Verpfänder, wie das Reichsgericht ausführt, nur den mittelbaren Besitz an den Wertpapieren. Damit

[1] Vgl. hierzu auch E. 12, 256 ff.; 37, 198 ff.; 42, 249 ff.; D. J. Z. 1906, Sp. 204; Recht 1906, Sp. 1328 Nr. 3249 und 1912, Nr. 3296; G. A. XLVII, 441. — Ebenso Harburger S. 199; v. Liszt S. 425 Anm. 5; Frank S. 402; Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 30; Micelli S. 43, die alle, mit Ausnahme Harburgers, auch dem Besitzdiener Gewahrsam zusprechen. Dagegen hält Redslob in Z. Str. W. XXX, 221 ff. den mittelbaren Besitzer, nicht dagegen den Besitzdiener als Gewahrsamsinhaber: eine Folge der von ihm vertretenen Ansicht, daß der strafrechtliche Gewahrsam genau wie der zivilrechtliche Besitz sich aus der tatsächlichen Gewalt über eine Sache und aus dem Achtungsverhältnis dieser Gewalt, durch welches die Herrschaft einer Person über eine Sache gewährleistet werde, in gleicher Weise zusammensetze. Goldschmidt (in G. A. XLVII, 352 ff.) erklärt, daß der Besitzdiener in der Regel keinen Gewahrsam habe.

mangelte ihm aber die zum Tatbestand des § 246 R.St.G.B. erforderliche tatsächliche Innehabung, die daselbst vorausgesetzte räumliche Beziehung zur Sache.

Unter dem gleichen Gesichtspunkte verneinte das Reichsgericht in E. 5, 42 ff. den Gewahrsam des Hauseigentümers an dem an einen Dritten vermieteten[1] Hause mit der Begründung, daß, falls der Mietvertrag ein ganzes Haus oder einen selbständigen, in sich abgeschlossenen Gebäudeteil zum Gegenstand habe, im Zweifel, d. h. wenn nicht der Vermieter sich die Mitbenützung einzelner Teile vorbehalten hat, die Einräumung des vertragsmäßigen Benützungsrechts den Übergang des Gewahrsams an dem Haus bzw. an dem Gebäudeteil und damit auch an den einzelnen Bestandteilen der Mietsache zur Folge habe. Der Vermieter ist dadurch eben zum mittelbaren Besitzer geworden.

Ebenso hat der Transportführer allein den Gewahrsam an den ihm zur Beförderung übergebenen Waren, nicht auch sein Auftraggeber, es sei denn, daß letzterer selbst den Transport begleitet oder durch einen Beauftragten begleiten läßt (J. W. 1889, S. 96 Nr. 35).

III. Es wirft sich nun noch die Frage auf, ob zur Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes auch die Kenntnis der in diesem liegenden Beherrschungsmöglichkeit und der Wille, diese Herrschaftsgewalt innezuhaben, erforderlich ist.

In ersterer Hinsicht führt das Reichsgericht in E. 3, 201 ff. aus, daß „zum Gewahrsam, einem lediglich faktischen Zustande nicht notwendig die Kenntnis von dem physischen Vermögen, mit Ausschließung anderer über die Sache zu verfügen", gehöre. Der einmal entstandene Gewahrsam verbleibe dem bisherigen Inhaber, auch wenn dieser nicht mehr wisse, wo die

[1] Über die Gewahrsamsverhältnisse zwischen Vermieter und Mieter unten § 6, II, 3, S. 60 ff.

Sache sich befinde, bzw. daß sie noch in seinem Gewahrsam sei.

Diesen Ausführungen, welche die Kenntnis der Beherrschungsmöglichkeit für den Gewahrsam an sich für unerheblich darstellen, steht scheinbar ein Urteil des Reichsgerichts in R. 1, 14 ff. in etwa entgegen (allerdings handelt es sich hier in erster Linie um die Frage des Erwerbes des Gewahrsams, nicht lediglich um den Gewahrsam als solchen). Hier wird erörtert, ob das Auslegen von Gift seitens eines Jagdberechtigten und das infolge des Genusses desselben eingetretene Verenden eines Fuchses für sich allein ausreichend war, um die Annahme zu rechtfertigen, daß damit der Jagdberechtigte, auf dessen Jagdbezirk der Fuchs einging, das Eigentum und den Gewahrsam an diesem bekam. Das Reichsgericht verneint dies unter anderem mit Hinweis darauf, daß „das Verenden des Fuchses in Abwesenheit des Jagdberechtigten, ohne Kenntnis desselben sich zugetragen hat, und der verendete Fuchs von ihm noch erst aufgesucht werden mußte". Das Auslegen von Gift und das Verenden für sich allein hätten denselben noch nicht in Stand gesetzt, über den Fuchs mit Ausschließung anderer zu verfügen[1].

Aus diesen beiden Entscheidungen ergibt sich als Grundsatz, daß nach der Anschauung des Reichsgerichts zwar der Gewahrsamserwerb die Kenntnis der Beherrschungsmöglichkeit zur Voraussetzung hat, die Fortdauer des einmal entstandenen Gewahrsams dagegen — daß E. 3, 201 ff. von dieser handelt, folgt daraus, daß sie von dem „Bestehenbleiben" des Gewahrsams spricht —, von dieser Kenntnis unabhängig ist.

Jedoch besteht auch hiervon eine Ausnahme insofern, als der sogenannte generelle Besitzwille dieses

[1] Übereinstimmend R. 3, 642 ff.

Bewußtsein von dem Eintritt der Verfügungsgewalt für den Gewahrsamserwerb entbehrlich macht[1].

Was den zweiten Teil der Frage anlangt, ob der Gewahrsamsbegriff sich in der äußeren räumlichen Beziehung der Person zur Sache nicht erschöpft, sondern noch eine innere Beziehung, ein Verhältnis des Willens dieser Person zur Sache, nämlich den Willen, Herrschaft über die Sache zu üben, erfordert, so muß man selbstverständlich diese unbedingt verneinen, wenn man den Gewahrsam lediglich als die rein tatsächliche Herrschaft ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Inhabers hiervon auffaßt. Denn ein Wollen setzt stets ein Wissen voraus; verneint man daher letzteres Moment als Voraussetzung des Gewahrsams, so bleibt natürlich für das erstere kein Platz.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat zu dieser Frage noch keine feste Stellung genommen. In einer Reihe von Entscheidungen (E. 3, 201 ff.; 5, 43/44 und 222 ff.; 23, 71 ff.; 27, 395 ff.; 29, 209 ff.; 30, 88 ff.) hebt es nur auf das objektive Moment ab und erläutert den Gewahrsam als eine rein tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit über eine Sache. Anderseits neigt es jedoch — namentlich auch in den neueren Entscheidungen — der sogenannten Willenstheorie zu und verlangt für die Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes auch die Betätigung des Willens, eine Sache der eigenen Verfügungsgewalt zu unterwerfen und diese in derselben zu erhalten[2].

[1] Näheres hierüber unten S. 18 ff.

[2] In der Literatur sind die Ansichten geteilt, jedoch ist namentlich neuerdings die Willenstheorie, die zur Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes einen Beherrschungswillen verlangt, vorherrschend. Letztere wird vertreten von Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 284; Meyer S. 551/52; v. Liszt S. 424 ff.; Merkel in H. H. III, 641/42, der das Willensmoment als wichtigsten Bestandteil des Gewahrsamsbegriffs hervorhebt, dem gegenüber das corpus in den Hintergrund trete; Binding I, 286, der den Ge-

So erklärt es in E. 2, 332 ff. hinsichtlich der Frage, ob ein Geisteskranker den Gewahrsam haben und übertragen könne, folgendes: Ein Geisteskranker sei zwar auf dem Gebiet des Zivilrechts handlungsunfähig und seine Willensakte hätten keine zivilrechtliche Wirkung. Daraus folge jedoch nicht, daß derselbe auch im natürlichen Sinne willenlos sein müsse. Auch spreche keine gesetzliche Bestimmung den Rechtssatz aus, daß ein Geisteskranker nicht den Willen haben könne, die körperliche Herrschaft über eine Sache auszuüben. Allerdings wären manche Geisteskranke infolge ihres Zustandes zu einem solchen Willen natürlich unfähig und könnten daher auch nicht den Gewahrsam über eine Sache ausüben; doch sei dies nicht immer und unbedingt der Fall. Hier verlangt also das Reichsgericht auf seiten des Gewahrsamsinhabers Willensfähigkeit und somit auch den Willen, den Gewahrsam tatsächlich zu haben[1].

---

wahrsam definiert als „den Willen, eine Sache, die in den Bereich unserer tatsächlichen Herrschaft eingetreten und daraus noch nicht geschieden ist, in ihm zu behalten"; Olshausen S. 957 Note 16; Frank S. 492; Rotering in G.A. XLVII, 252; Springer in Sächs. Arch. II, 313 ff. (316); Kapff S. 60; Ernst Ewald S. 21; Hans Ewald S. 19; Bender S. 17; Micelli S. 48; Widmann-Laemmert S. 16/17. Dagegen sind Gegner der Willenstheorie Berner S. 544; v. Schwarze S. 668; Römpler S. 35 ff., der jedoch ein bloßes Raumverhältnis zwischen der Sache und deren Inhaber zur Gewahrsamsbegründung nicht für hinreichend hält, sondern das entscheidende Gewicht auf die Anschauung des Lebens gelegt wissen will; Oppenhoff S. 558/59 Note 16; Goldschmidt in G.A. XLVII, 353; Seeliger S. 15 ff.

[1] Zustimmend bezüglich des Erlangens des Gewahrsams und des Aufgebens desselben v. Liszt S. 425; Harburger S. 205; Meyer-Allfeld S. 509; Oppenhoff S. 559, Note 16; Rüdorff S. 517 Note 7; Olshausen S. 957 Note 16; Frank S. 402; Micelli S. 51; Eckardt S. 36/37; Ernst Ewald S. 25; Hans Ewald S. 25; Widmann-Laemmert S. 19; verneinend Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 289. Dagegen verneinen

Die Willenstheorie vertritt auch das Reichsgericht in E. 12, 353 ff. Hier macht es die Entscheidung der Frage, ob die Vollendung der Wegnahme im Sinne des § 242 R.St.G.B., also des Gewahrsamsbruches, schon in dem Einfüllen von Früchten in Säcke, welche zwecks späterer Abholung zunächst noch in dem fremden Gebäude zurückgelassen worden waren, liege, davon abhängig, ob sich der Täter diese Handlung „bloß als den ersten Schritt zur Erlangung eigener Verfügungsgewalt . . . vorgesetzt hat . . . und es bis zum Wegschaffen aus dem Gebäude und dem unmittelbar hierzu bewerkstelligten abermaligen Ergreifen des Sackes an dem Willen — animus — der Besitzergreifung und Wegnahme fehlte“ oder nicht.

In gleicher Weise hebt es in G. A. 40, 51 ausdrücklich hervor, daß es zum Erwerbe des Gewahrsams der Erlangung einer ausschließlichen tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit, verbunden mit dem Willen, „die Sachen in seinen Gewahrsam zu bringen und über sie gleich dem berechtigten Inhaber zu verfügen“, bedürfe[1].

Im Recht 1905, S. 22 Nr. 123 erklärt es den Verlust des Gewahrsams durch eine, wenn auch längere Zeit andauernde Abwesenheit des Gewahrsamsinhabers solange nicht als eingetreten, als bei diesem noch der Inhaberwille vorhanden ist[2].

---

die Übertragungsfähigkeit eines Geisteskranken unbedingt v. Liszt S. 425 Anm. 6; Binding I, S. 291; Harburger S. 205; Meyer-Allfeld S. 509 Anm. 12; Hälschner S. 289; Merkel in H. H. III., 644; Widmann-Laemmert S. 19. Hans Ewald und Ernst Ewald halten, wenn auch nicht unbedingt, die Übertragung für möglich. Dagegen stimmen dem Reichsgericht zu Frank S. 404/5 Note VI, Ziff. 3; Bender S. 18; Micelli S. 51/52; Eckardt S. 36 37.

[1] Vgl. noch G. A. LVI, 315.

[2] Vgl. ferner noch E. 2, 64/65; 12, 353 ff.; 34, 253 ff.; J. W. 1891, S. 501, Nr. 19; Recht 1904, S. 228, Nr. 1115 und die unten zu § 4 aufgeführten Entscheidungen.

Wie aus dem Vorstehenden erhellt, hat das Reichsgericht namentlich in seinen früheren Entscheidungen den Gewahrsamsbegriff — vielleicht unter dem Einfluß des Preußischen Allgemeinen Landrechts — definiert als einen lediglich faktischen Zustand, vermöge dessen jemand die physische Möglichkeit hat, auf eine Sache mit Ausschluß dritter einzuwirken und über diese zu verfügen. Es betonte damit lediglich die tatsächliche Seite, ohne sich darüber auszusprechen, ob für den Gewahrsam auch die Kenntnis der Beherrschungsmöglichkeit und der Wille, von dieser Gebrauch zu machen, Voraussetzung sei oder nicht [1]. Ein anderer Teil der Entscheidungen (vgl. insbesondere S. 13, Anm. 2) nähert sich sehr der Willenstheorie. Meines Erachtens mit Recht. Allerdings darf das Willensmoment hierbei nicht für derart ausschlaggebend erachtet werden, daß dasselbe für sich allein zur Erhaltung des Gewahrsams genügen und somit der Wegfall des räumlichen Nähe- und Herrschaftsverhältnisses denselben nicht aufheben soll. Vielmehr erscheinen mir beide Momente, die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit und der Wille, von dieser Gebrauch zu machen, als zwei gleichwertige Faktoren, die bei ihrem Zusammentreffen den Gewahrsamsbegriff ausmachen, von denen aber jeder für sich allein nicht genügt, um diesen zu erfüllen.

Für diese Anschauung und gegen die objektive Theorie, die aus dem Gewahrsamsbegriff das Willensmoment völlig ausschaltet, spricht auch das natürliche Empfinden. Mit diesem läßt es sich nicht vereinen, daß ich den Gewahrsam an einer Sache haben soll, von der ich nichts weiß, die ich nicht kenne, die ich nicht haben will, die ich weggeworfen habe oder deren ich mich sonstwie entäußert habe, aber in deren unmittelbare Nähe ich zufällig wieder gekommen bin.

[1] Möglicherweise gab in diesen Fällen das untergerichtliche Urteil jeweils zur Erörterung dieser Frage keinen Anlaß.

IV. Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts derjenige, der ein Behältnis im Gewahrsam hat, damit zugleich auch den Gewahrsam an den in demselben befindlichen Sachen hat, und zwar selbst dann, wenn das Behältnis verschlossen oder sonstwie seiner unbehinderten Öffnung entzogen ist, vorausgesetzt, daß ein Dritter nicht ohne Zustimmung des Verwahrers des Behältnisses zu diesem gelangen kann und der Verwahrer tatsächlich in der Lage ist, über die Hülle und deren Inhalt zu verfügen[1].

Das Reichsgericht — E. 5, 222 ff — bestätigte demgemäß eine Verurteilung wegen Unterschlagung, der folgender Tatbestand zugrunde lag: Ein Pfarrer verwahrte in seiner Wohnung einen mit drei verschiedenen Schlössern versehenen Kassenschrank für Kirchenkassengelder, zu dem er und zwei Kirchenälteste je einen der drei verschiedenen Schlüssel im Besitz hatten. Er öffnete den Schrank mittels Nachschlüssel und eignete sich die Kirchengelder an. Hinsichtlich der Frage nun, ob die Übergabe einer verschlossenen Sache zum Zwecke der Aufbewahrung unter Zurückbehaltung des Schlüssels den Gewahrsam an der ganzen Sache (Umhüllung und Inhalt) übertrage, führt das Reichsgericht hier aus, daß durch die Übergabe sowohl Hülle wie Inhalt in den Gewahrsam des Depositars gelange, da dieser damit die physische Möglichkeit habe, über das Ganze zu verfügen, während der Deponent, auch wenn er den Schlüssel zurückbehalte, damit allein sich nicht den Fortbestand seines Gewahrsams sichere, da er ohne die Zustimmung des Depositars nicht zum Inhalt des deponierten Behältnisses gelangen

[1] A. A. Binding I, 289; Merkel in H. H. III, 695; Meyer-Allfeld S. 500/1; Harburger S. 205; Ernst Ewald S. 45; dagegen zustimmend Frank S. 414 Note III a.E.; Meyer S. 544; Kapff S. 67; Hans Ewald S. 24.

könne[1]. Mit Rücksicht darauf, daß der fragliche Kassenschrank sich in der Wohnung des Pfarrers befand und diesem als deren Inhaber die ausschließliche Verfügungsgewalt über dieselbe zustand, sprach das Reichsgericht den beiden Kirchenältesten, trotzdem sie die zwei andern Schlüssel zu dem Schrank besaßen, jeden Mitgewahrsam ab und verurteilte den Pfarrer als alleinigen Gewahrsamsinhaber lediglich wegen Unterschlagung.

In ähnlichem Sinne legt E. 35, 115 ff. dar, daß derjenige, der zur Ausführung der von der Staatseisenbahnverwaltung mit den Versendern abgeschlossenen Frachtverträge ein Faß zur Verwahrung während des Transports erhalten habe, damit den Gewahrsam sowohl an dem Fasse als auch an dessen Inhalt, obwohl dieser wohl verwahrt war, erlangt habe.

Ebenso hat das Reichsgericht entschieden in R. 3, 642 ff.; E. 34, 252 ff.; J.W. 1889, S. 55 Nr. 25 und 1894, S. 103 Nr. 18; Recht 1908, Beil.-Bd. Sp. 186 Nr. 1104 und G. A. 37, 48 und 47, 441. In der erstgenannten Entscheidung — R. 3, 642 ff. — sagt es bezüglich der Frage, ob der Gewahrsamsinhaber Kenntnis von dem Inhalt des Behältnisses haben müsse, folgendes: „Notwendig ist zwar für die Detention das Bewußtsein der tatsächlichen Herrschaft über die detinierte Sache und deshalb auch das Bewußtsein, daß die Sache existiere . . ., aber nicht notwendig die Kenntnis des Detentors von den speziellen Eigenschaften der Sache,

[1] Den Satz, daß der Depositar eines verschlossenen Behältnisses den Gewahrsam an Hülle und Inhalt hat, schränkt das Reichsgericht in E. 45, 249 ff. für den Fall ein, daß der Inhaber des Behältnisses nur durch gewaltsames Erbrechen oder durch Anwendung nicht zur Eröffnung bestimmter Werkzeuge zu dem Inhalt gelangen kann. In diesem Falle sei bezüglich des Inhaltes nicht die zur Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes erforderliche Verfügungsgewalt gegeben. Der Inhaber der Sache habe wohl die Hülle, nicht aber auch ihren Inhalt in seinem Gewahrsam.

daher es, soviel den Inhalt des Koffers betrifft, genügte, daß die Ehefrau D., wie festgestellt worden, da sie gerade den Inhalt des Koffers bewahren wollte, wußte, der Koffer habe einen Inhalt, um ihr die rechtliche Möglichkeit der Detention der Sachen, woraus der Inhalt bestand, zu gewähren."

§ 3.
Der Erwerb des Gewahrsams.

Die Begründung des Gewahrsams hat zwei Erfordernisse, ein bestimmtes räumliches Verhältnis der Person zur Sache und den Willen der ersteren, über die Sache zu herrschen, zur Voraussetzung[1].

Ob die erste Bedingung, die Erlangung eigener tatsächlicher Verfügungsmöglichkeit, gegeben ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Das Reichsgericht legt in E. 12, 353 ff. für die Beantwortung dieser Frage dem Umstand besondere Bedeutung bei, „zu welcher Zeit die Wegnahme der Sache für den Täter einen Vorteil haben konnte, . . . wann nach den obwaltenden Verhältnissen die Besitzergreifung seitens des Täters für diesen auch die Benützung oder den Gebrauch der Sache oder doch einen einigermaßen gesicherten Besitz zur Folge haben konnte". Deswegen erklärt es die Annahme nicht für rechtsirrig, daß ein Dieb eine Sache weggenommen, also den Gewahrsam an dieser erworben habe, obwohl er dieselbe nicht sogleich vom Tatort wegbringen konnte, sondern sie einstweilen im Hause des Bestohlenen verstecken mußte[2].

Von dem zweiten Erfordernisse, dem Willen, den Gewahrsam an der Sache zu erwerben, spricht das in E. 10, 260/61 aufgeführte reichsgerichtliche Urteil

[1] Vgl. hierüber z. B. Binding I, 243 und 286; Hälschner II, 284; Micelli S. 52, Kapff S. 60; Ernst Ewald S. 28.

[2] Siehe hierüber auch unten § 5, II, 1, S. 44 ff.

vom 24. April 1881: Ein unbekannter Mann starb plötzlich auf der Straße; seine Leiche wurde in die Leichenhalle des städtischen Versorghauses gebracht. Nach dem Reichsgericht ist nun durch die Verbringung der Leiche in die Leichenhalle seitens der Anstaltsbeamten der Wille betätigt worden, die bei der Leiche vorgefundenen Gegenstände in Verwahrung zu nehmen, und damit waren diese Sachen in den Gewahrsam der Anstalt übergegangen.

Am deutlichsten tritt der Gewahrsamserwerb in die äußere Erscheinung, wenn derjenige, welcher sich den Gewahrsam an einer Sache verschaffen will, dieselbe in Betätigung dieses Willens tatsächlich mit der Hand ergreift und auf diese Weise sich zueignet. Aber es ist natürlich, daß diese Erwerbsart nicht die einzig mögliche Form ist. Es entspräche durchaus nicht der Verkehrsauffassung, nur in einem solchen Fall Gewahrsamserwerb anzunehmen. Nicht nur das, was ich in meiner Hand habe, habe ich in meinem Gewahrsam, liegt in meinem Herrschaftsbereich; dieser reicht vielmehr weiter.

Die in dieser Hinsicht ergangenen reichsgerichtlichen Entscheidungen lassen sich etwa nach folgenden Gesichtspunkten gliedern:

1. Das Einbringen einer Sache in einen von dem Inhaber ausschließlich beherrschten Raum hat der Regel nach den Gewahrsamserwerb für diesen zur Folge[1].

Dies spricht das Reichsgericht in E. 30, 88 ff. zur Begründung seiner Ansicht aus, daß Gelder, die ein Lehrling in einer Apotheke von Geschäftskunden in

[1] Ähnlich Binding I, 287/88 („genereller Besitzeswille"), Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 286; v. Liszt S. 425; Meyer-Allfeld S. 509 u. Anm. 16 das.; Harburger S. 204; Micelli S. 54/55; Ernst Ewald S. 29 ff. u. 51; Bender S. 19; teilweise abweichend Frank S. 402 und Widmann-Laemmert, die zum Gewahrsamserwerb grundsätzlich ein Wissen um die Sache, die in meinen Gewahrsam kommt, verlangen.

Zahlung erhalten hatte, unmittelbar in den Gewahrsam seines Lehrherrn, des Apothekenbesitzers, übergegangen seien. Nur dann habe der Inhaber einer Räumlichkeit nicht den Gewahrsam an den in derselben befindlichen Gegenständen, wenn „ein Dritter an einzelnen derselben vermöge besonderer Verhältnisse zu ihnen eine den Inhaber zurückdrängende Macht ausübe". Ein solches Hindernis für die Entstehung des Gewahrsams an den eingebrachten Sachen liege jedoch nicht schon darin, daß noch andere Personen in der Wohnung sich befinden. Auch die zeitweilige Entfernung des Wohnungsinhabers und die Möglichkeit leichterer Einwirkung seitens Dritter auf die Sache tue dem Gewahrsam desselben keinen Eintrag. Dagegen würden solche Sachen, die eine die Wohnung betretende Person „als die ihrigen mit sich führt", nicht in den Gewahrsam des Wohnungsinhabers fallen.

Das Reichsgericht geht noch weiter und erklärt, daß für die Erlangung des Gewahrsams die Kenntnis des Gewahrsamserwerbers von der Niederlegung der in Frage stehenden Sache in der von ihm beherrschten Räumlichkeit nicht Erfordernis sei, indem es fortfährt (S. 90 a. a. O.): „Es ist davon auszugehen, daß Sachen, die von jemand in den Räumen eines Andern in dessen Abwesenheit, aber auf seine besondere oder allgemeine Anweisung niedergelegt werden, in den Gewahrsam des Inhabers der Räume fallen, schon ehe er von der Niederlegung Kenntnis erlangt." [1]

In ganz ähnlicher Weise spricht das Reichsgericht in E. 2, 1/2 den Gewahrsam an den Warenvorräten

[1] Ganz ähnlich Erkenntnis des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 17. Juni 1872 (Stenglein II, 100/1), wonach der Adressat eines Briefes, der in Abwesenheit desselben in sein Zimmer gelegt worden war, bereits mit der Niederlegung daselbst den Gewahrsam erwarb, obwohl dieser von dessen Ankunft noch keine Kenntnis hatte.

und an dem dafür erlösten, in der Ladenkasse aufbewahrten Gelde nicht der Verkäuferin, sondern dem Geschäftsherrn zu[1].

Im Recht 1903 S. 109 Nr. 585 wird dargetan, daß derjenige, der ein auf dem Fußboden einer Gastwirtschaft liegendes Portemonnaie, das ein Gast verloren hatte, aufhebt und zu sich steckt, regelmäßig einen Diebstahl begeht. Denn der Gewahrsam an demselben ist von dem Gast, der es verloren hat, auf den Gastwirt, in dessen Räumen der Verlust stattgefunden hat, ohne weiteres übergegangen. Dieser übt nunmehr die tatsächliche Verfügungsgewalt aus, und somit ist die Wegnahme aus dem Gewahrsam des Gastwirts erfolgt[2].

Dem Erwerb des Gewahrsams an den eingebrachten Sachen seitens des Inhabers der betreffenden Räumlichkeit kann jedoch, wie die bereits erwähnte Entscheidung in E. 30, 88 ff. auch einräumt, der Umstand hindernd im Wege stehen, daß noch andere Personen in dem Raume sich befinden, die mit ihrem Eintritt in denselben den Gewahrsam an den von ihnen mitgeführten Sachen nicht aufgegeben haben. Das ist der Fall z. B. bei den Gästen eines Restaurants bezüglich ihrer mitgebrachten Hüte, Stöcke usw. Ob dieser Fall vorliegt, ist jeweils nach den besondern Umständen zu beurteilen und insbesondere davon abhängig, ob, wie im Recht 1903 S. 216 Nr. 1212 ausgeführt wird, „ein Dritter vermöge besonderer Verhältnisse eine den Inhaber der Räumlichkeit zurück-

[1] Ebenso Kapff S. 65; Ernst Ewald S. 51; anders Widmann-Laemmert S. 50/51, der auch der Verkäuferin einen Gewahrsam (Mitgewahrsam) zusprechen will, und anscheinend Frank S. 403 Note 4 und Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31.

[2] Zustimmend für den Regelfall Binding I, 288 (subsidiärer Besitzwille des Gastwirts); Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 286; Frank S. 403 Note V; Oppenhoff S. 561 Note 25; ähnlich Harburger S. 204. — Ebenso Recht 1909, Beil-Bd. No. 3886; vgl. auch E. 10, 259 ff.

drängende Macht über sie ausübt". Hierher ist namentlich auch die Einräumung der Verfügungsgewalt und der Vertretungsbefugnis an einen Kellner seitens des Dienstherrn hinsichtlich seiner Vorräte zu rechnen (Recht 1903, S. 216 Nr. 1214).

2. Der Gewahrsamserwerb bedarf nicht notwendig der tatsächlichen Besitzergreifung; er kann sich auch durch Handlungen vollziehen, welche die Absicht, den Gewahrsam zu erlangen, erhellen lassen.

Dies beweist E. 34, 252 ff. In dem dort mitgeteilten Fall hält das Reichsgericht für den Erwerb des Gewahrsams an Nachlaßsachen seitens des Testamentsvollstreckers vollkommen für ausreichend, daß er nach dem Tode der Erblasserin dem Vermieter derselben, der den Schlüssel zu ihrer Wohnung verwahrte, ein Schriftstück vorzeigte, inhalts dessen er berechtigt war, sich im Falle ihres Todes sofort in den Besitz ihres gesamten Nachlasses zu setzen, und sich sodann den Zugang zu der Wohnung öffnen ließ, von dem Öffnen der einzelnen Zimmer aber vorerst absah und auch dem Vermieter den Wohnungsschlüssel in seiner Vertretung weiterbeließ. Denn schon damit sei er in der Lage gewesen, zu den in den Zimmern befindlichen Nachlaßgegenständen zu gelangen und die Räume und die Behältnisse der Wohnung zu durchsuchen. Es entspreche daher der natürlichen Anschauung anzunehmen, daß er mit der Öffnung der Wohnung die Wohnung als solche und damit ohne weiteres die darin verwahrten Nachlaßgegenstände unter seine tatsächliche und ausschließliche Gewalt bekommen habe.

Hierher gehört auch der der Entscheidung in R. 7, 597 ff. zugrunde liegende Tatbestand: Holzdiebe waren von einem Förster ertappt worden und hatten dann auf dessen Geheiß das von ihnen entwendete Holz auf eine nicht dem Fiskus gehörige Wiese ge-

worfen. Am nächsten Morgen holten sie das Holz nach Hause. In letzterer Handlung ist nach Ansicht des Reichsgerichts ein neuer Diebstahl zu erblicken. Dieses hält es zunächst nicht für richtig, den Gewahrsamserwerb des Fiskus an dem entwendeten Holze deshalb zu verneinen, weil die Wiese, auf die dasselbe geworfen wurde, nicht Eigentum des Fiskus war, da keine Umstände sich ergeben hätten, daß im vorliegenden Fall der Eigentümer der fraglichen Wiese den Fiskus in der Verfügung über das Holz habe hindern wollen. Sodann stellt es ausdrücklich fest, daß zur Gewahrsamserlangung „ein körperliches Eingreifen, ein Berühren des Holzes seitens des Försters" nicht nötig war, ebensowenig wie das Bewachen desselben während der Nachtzeit. Vielmehr habe der Förster auch ohne dies für den Fiskus den Gewahrsam mit dem Niederlegen auf der Wiese erlangt.

3. Zum Gewahrsamserwerb ist nicht nur der räumlich beschränkte Umfang eines Hauses oder sonstigen Bauwerkes geeignet; der hierzu erforderliche Herrschaftsbereich hat weitere Grenzen. Namentlich sind nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts Tiergärten, umzäunte Gehege, Wildparke und geschlossene Gewässer geeignet, den Gewahrsam an den in denselben sich aufhaltenden Tieren zu vermitteln und zu erhalten.

So erkennt es schon in R. 1, 120/21: „Wild, welches in ein von allen Seiten umschlossenes Gehege aufgenommen und welches damit an der Entfernung aus demselben verhindert ist, wird auf solche Weise regelmäßig der Gewahrsam desjenigen, welcher sich seiner bemächtigt hat, unterworfen. . . ." Vorausgesetzt ist jedoch eine derartige Einhegung, daß das Wild verhindert ist, aus dem umschlossenen Raum auszutreten und in einen andern Jagdbezirk überzulaufen[1]. Auf

[1] Ebenso E. 8, 273 ff.; 26, 218/19. Vgl. hierzu Erkenntnis des preußischen Ober-Tribunals vom 9. Februar und 10. Mai 1875

die Größe und den Umfang kommt es nach E. 42, 75 ff. nicht an[1], sofern nur dem Wilde „die Möglichkeit des Entweichens von dieser dem Herrschaftswillen einer Person unterworfenen Fläche genommen“ ist, was nach der Gesamtheit der die Einschließung bewirkenden Vorrichtungen zu beurteilen ist. Auch der Umstand, daß das einzelne Stück Wild in derart ausgedehnten Gehegen nicht stets sichtbar und sofort auffindbar ist und jederzeit ergriffen werden kann, macht dieses nicht herrenlos, sondern unterwirft es trotzdem dem Gewahrsam und Eigentum des Wildparkbesitzers. Seine Zueignung ist daher Diebstahl.

Das gleiche gilt hinsichtlich Fische in geschlossenen Gewässern. Dieser Begriff erfordert einen derartig rings umschlossenen Wasserraum, daß dieser weder einen Zu- noch Abfluß hat und daher „die freie Fortbewegung der Fische in zu- oder abfließendes Wasser gehindert ist“. Der Umstand jedoch, daß ein solcher Teich etwa zur Regenzeit durch einen Graben einen Ablauf erhält, hindert nach E. 10, 78 ff. nicht, ihn für die übrige Zeit als geschlossenes Gewässer anzusehen.

4. Eine weitere Art, den Gewahrsam an einer Sache zu erwerben, besteht in der Legung von Netzen

(Stenglein V, 77/78 und 81), wo für den Gewahrsam des Wildparkeigentümers nicht gefordert wird, daß dem Wilde überhaupt jeder Austritt aus dem Gehege unmöglich ist. Dieser sei vielmehr auch dann zu bejahen, wenn das Wild an der einen oder andern Stelle infolge Mangelhaftigkeit der Umzäumung zu entkommen Gelegenheit habe, sofern nur die Gefahr des Entweichens nicht besonders naheliege.

[1] Zustimmend Eckardt S. 30/31 und wohl auch Rüdorff S. 520 Note 15; v. Schwarze S. 666 Anm. 3; Oppenhoff S. 557 Note 9; Berner S. 545; a. A. Frank S. 399/400 Note III, 1 b, *a*, der nur einen solchen Raum für den Gewahrsamserwerb geeignet hält, der so klein ist, daß der Besitzer des Wildparkes seinen Herrschaftswillen an dem Tier ohne längeres Suchen betätigen kann, und Stelling in D. J. Z. 1907, Sp. 182/83. Ähnlich Lehr S. 12/13.

in Gewässern und in der Aufstellung von Fallen oder Schlingen zum Wildfang. Hier erlangt derjenige, der diese Vorrichtungen gemacht hat, mit dem Eingang des Tieres in das Netz bzw. in die Falle oder Schlinge den Gewahrsam daran, vorausgesetzt, daß er zu der Fangvorrichtung freien Zutritt hat und diese damit seiner ungehinderten Einwirkungsmöglichkeit unterliegt.

Daher bestätigt das Reichsgericht in E. 29, 216/17 [1] die Verurteilung dreier Angeklagter wegen Diebstahls, die aus einem bei Danzig in der Ostsee zum Fischfang aufgestellten Netzen zwei Störe herausnahmen, indem es erwägt: Die Störe seien dadurch, daß sie in das Netz gerieten, ihrer Freiheit beraubt und darin festgehalten worden. Damit seien sie von dem Fischer, der das Netz berechtigterweise [2] — da an dieser Stelle der Fischfang weder dem Zueignungsrechte des Staates noch dem von Privatpersonen vorbehalten war — aufgestellt habe, in Besitz genommen worden. Da die weitere Voraussetzung, daß der Fischer das Netz selbst

---

[1] Zustimmend z. B. Merkel in H.H. III, 637/38; Oppenhoff S. 558 Note 12; Rüdorff S. 520 Note 15; Frank S. 402; Olshausen S. 953 Note 5c; Lehr S. 13.

[2] Dagegen verneinte E. 23, 89 ff. den Gewahrsamserwerb an einem Hasen, der in eine von einem Nichtberechtigten gelegte Schlinge geraten und von dem Schlingensteller noch nicht wirklich ergriffen war. A. A. Oppenhoff S. 558 Note 12; Lehr S. 13/14 und anscheinend auch Rüdorff S. 520 Note 15.

Meines Erachtens ist es nicht angängig, die Bejahung des Gewahrsamserwerbs in diesen Fällen davon abhängig zu machen, ob derjenige, der die Schlingen etc. stellte, dazu berechtigt war; denn der Gewahrsamserwerb ist in erster Linie ein rein tatsächlicher Vorgang, der mit der Frage, ob der Erwerber zur Vornahme der Handlung, welche ihm den Gewahrsam verschaffen sollte, berechtigt war oder nicht, nichts gemein hat. Mit der Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt und dem Willen, diese auszuüben, ist der Gewahrsam erworben, unbekümmert darum, ob damit das Recht eines andern verletzt wurde oder nicht.

in seiner tatsächlichen Gewalt gehabt habe, gegeben sei, so habe er die Störe mit dem Augenblick, da sie in die Fangvorrichtung hineingingen, in seine Gewalt und damit in seinen Gewahrsam bekommen. Darauf, ob der Fischer von dem Fange zur Zeit, da die Angeklagten die Störe entwendeten, bereits Kenntnis gehabt habe oder nicht, komme es nicht an[1].

In G. A. XLV, 440 spricht das Reichsgericht demjenigen, der berechtigterweise einen Dohnenstieg betreibt, den Gewahrsamserwerb an den in die Schlingen geratenen Vögel zu. Vorbedingung sei es jedoch, daß der zur Okkupation Berechtigte jederzeit freien Zutritt zu der Fangvorrichtung habe und diese damit seiner ungehinderten Verfügungsgewalt unterworfen sei.

Alle diese aufgeführten Entscheidungen machen nicht zur Vorbedingung des Gewahrsamserwerbes, daß der Erwerber genaue Kenntnis von der Zeit des Erwerbes und der Art der erlangten Sache hat. Sie sprechen diesem den Gewahrsam zu, ohne daß ihm der Eintritt desselben zum Bewußtsein gekommen zu sein braucht. Der Grund dafür ist in dem „generellen Besitzwillen“ des Erwerbers zu suchen, d. h. in dem Willen, an allem, was in die von ihm beherrschten Räumlichkeiten, seien sie ein Gebäude, ein Wildpark, ein Netz, ein Koffer oder was sonst immer, gelangt, den Gewahrsam zu erlangen. Der Erwerb findet hier wohl ohne Wissen, nicht aber ohne Willen statt, und ohne daß es noch eines besondern Aktes der Besitzergreifung bedarf[2].

[1] Ebenso E. 32, 164/65.

[2] Ebenso Binding I, 287; Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 286; v. Liszt S. 425; Oppenhoff S. 558 Note 12; Micelli S. 55. — Mit den vorstehenden Entscheidungen steht nicht etwa die in § 2 S. 10 aufgeführte Entscheidung — R. 1, 15/16 — in Widerspruch. Denn im letzteren Fall fehlte es eben an dem zum Gewahrsamserwerb erforderlichen, auch äußerlich fest umgrenzten Herrschaftsbereich des Gewahrsamserwerbers. Das

§ 4.

Die Fortdauer des Gewahrsams.

Hinsichtlich der Fortdauer des Gewahrsams, welche im übrigen die gleichen Voraussetzungen wie sein Erwerb hat, lassen sich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung folgende Leitsätze entnehmen:

1. Die räumliche Entfernung des Gewahrsamsinhabers von der von ihm beherrschten Sache hindert den Fortbestand des Gewahrsams ebensowenig wie die Möglichkeit der Einwirkung dritter Personen auf die Gewahrsamssache [1].

Ein Dienstknecht hatte beim Weggang aus der Wohnung der Angeklagten — E. 2, 64/65 — mit deren Zustimmung in der von ihm bis dahin bewohnten, nicht verschließbaren Kammer einen Koffer zurückgelassen, ohne ihn indessen den Angeklagten zur Aufbewahrung übergeben zu haben [2]. In der Folgezeit war er wiederholt in die Kammer gekommen, um nach dem Koffer zu sehen, und hatte dabei hin und wieder in denselben Sachen hineingelegt oder solche aus demselben genommen. Die Angeklagten, die vom Untergericht nach § 243 Ziff. 2 R.St.G.B. bestraft worden waren, weil sie den Koffer erbrochen und Sachen aus demselben sich zugeeignet hatten, machten geltend, es könne kein Gewahrsam des Knechtes an dem Koffer angenommen werden, da dieser infolge seines Weg-

Legen von Gift seitens des Jagdberechtigten auf seinem Jagdbezirk ist für sich allein nicht geeignet, einen solchen zu schaffen, mag damit auch die Wahrscheinlichkeit gegeben sein, daß das Wild, welches von dem Gift gefressen hat, noch innerhalb des Jagdbezirkes verendet.

[1] Ähnlich Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 285; Binding I, 285; v. Liszt S. 425; v. Schwarze S. 669 Anm. 2; Oppenhoff S. 560 Note 18; Frank S. 401 Note IV; Harburger S. 201/2; Kapff S. 67 ff.; Eckardt S. 26; Hans Ewald S. 21.

[2] Vgl. dazu R. 3, 642 ff., wo infolge Verwahrungsvertrags der Gewahrsam auf den Verwahrer übergegangen war.

zuges aus der Wohnung nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die faktische Herrschaft über diesen auszuüben. Diesen Einwand bezeichnet das Reichsgericht als nicht stichhaltig, da der Gewahrsam trotz der Entfernung des Inhabers von dem Orte, wo sich die Gewahrsamssache befindet, solange fortdauere, „als der Inhaber den Willen habe, den Gewahrsam festzuhalten, und zugleich in der Lage sei, zu der Sache zurückzukehren und seine tatsächliche Herrschaft über dieselbe auszuüben". Der Gewahrsam werde auch dadurch nicht aufgehoben, daß außer dem Inhaber sich noch andere Personen „in der Lage befinden, physisch auf dieselbe einwirken zu können"[1].

Aus diesem Grunde hindert nach E. 34, 252 ff.[2] an sich, d. h. wenn nicht besondere tatsächliche Verhältnisse eine andere Beurteilung erheischen, der Umstand, daß jemand sich auf einer Reise befindet, nicht die Annahme, daß diesem trotzdem der Gewahrsam an den in seiner Wohnung zurückgelassenen Gegenständen erhalten bleibt.

Noch bestimmter spricht dies das Reichsgericht im Recht 1905, S. 22 Nr. 123 mit folgenden Worten aus: „Der Gewahrsam einer Sache wird durch die vorübergehende, wenn auch längere Zeit andauernde Abwesenheit des Inhabers von dem Aufbewahrungsort oder durch die bloße Möglichkeit des Zugriffs von seiten dritter Personen nicht aufgehoben. Das Gesetz betrachtet vielmehr den bei der diebischen Wegnahme vorausgesetzten Gewahrsam als ein dauerndes Verhältnis des Inhabers, welches durch dessen Abwesenheit, solange nur der Inhaberwille vorhanden ist, nicht beseitigt wird."[3]

---

[1] Ebenso E. 30, 88 ff. und G. A. XXIX, 85.

[2] Zustimmend Harburger S. 201/2; Ernst Ewald S. 33

[3] Ähnlich Recht 1904, S. 228 Nr. 1115.

Aus dem gleichen Grunde erachtete es — J.W. 1896: S. 540 Nr. 20 — die Annahme eines fortdauernden Gewahrsams nicht als rechtsirrig in einem Falle, in dem jemand das in Zahlung erhaltene Geldstück in Gegenwart des Angeklagten auf den Tisch legte und sich dann in einen anstoßenden Raum begab, um Kleingeld zum Wechseln zu holen[1].

Desgleichen ist nach E. 10, 84 ff. in dem Verlassen eines gestrandeten Schiffes seitens der Mannschaft, die, wie festgestellt ist, „die feste Absicht gehabt, die auf dem Schiffe befindlichen Sachen nicht den Wellen preiszugeben, sondern sobald als irgend tunlich, von dem Wrack an das Land zu bringen", nicht die Aufgabe des Gewahrsams zu finden. Dieser habe vielmehr fortgedauert, da die Schiffsmannschaft sowohl die physische Möglichkeit wie den Willen gehabt habe, auf das Schiff von der nahen Küste aus zurückzukehren und dadurch sich wieder in das körperliche Verhältnis unmittelbarer Gewalt über die Sachen zu versetzen. Auch der Umstand, daß bis zur Rückkehr der Mannschaft dritte Personen das Wrack betreten und damit in den Besitz nehmen konnten, ändere die Rechtslage nicht.

Die Möglichkeit anderer Personen, sich mit größerer Leichtigkeit als der Gewahrsamsinhaber einer Sache zu bemächtigen, auf sie einzuwirken und über sie zu verfügen, besteht namentlich hinsichtlich solcher, die zum Inhaber in einem Dienst- oder ähnlichen Anstellungsverhältnis stehen[2] und vermöge dieses sich mit den einzelnen Gegenständen des Geschäftsherrn zu beschäftigen haben und diese zu diesem Zwecke tatsächlich in ihre Hände bekommen.

Trotzdem bleibt auch hier in der Regel, d. h. wenn besondere Umstände, die das Gegenteil bedingen, nicht

[1] Ähnlich Bl. f. R. A. 74, 130.

[2] Vgl. hierüber auch unten § 6 II, 1 und 2 S. 55 ff.

vorliegen, der Gewahrsam[1] dem Geschäftsherrn erhalten. Das Reichsgericht erklärt in J.W. 1907 S. 564 Nr. 111 in dieser Hinsicht: Wenn eine Sache von dem Dienstherrn dem Dienstboten oder von einem sonstigen Arbeitgeber dem Arbeiter zur Benutzung, zur Bearbeitung oder auch zum Verbrauch übergeben werde, so könne trotzdem der Gewahrsam an der übergebenen Sache beim Dienstherrn verbleiben, „sofern er durch die Möglichkeit der fortdauernden Kontrolle, der jederzeitigen Wiedererlangung der Verfügungsgewalt auf der einen, durch das Abhängigkeitsbewußtsein auf der andern Seite aufrecht erhalten wird."

Dieselben Grundsätze vertritt es in R. 7, 302 ff., wo es die Fortdauer des Gewahrsams des Geschäftsherrn hinsichtlich des einem Arbeiter zum Zwecke der Verarbeitung übergebenen Arbeitsmaterials bejaht, und in E. 5, 274/75. Im letzteren Fall hatte der als Lehrling in einer Mühle beschäftigte Angeklagte Mehl von den dort aufbewahrten Vorräten unberechtigterweise an Dritte verabfolgt[2].

Sehr weitgehend in dieser Richtung sind die vom Reichsgericht im Anschluß an den in E. 29, 209 ff. geschilderten Tatbestand gemachten Ausführungen. Hier hatte der Angeklagte, der von seinem Arbeitgeber mit der Aufsicht über die Ausführung einer Röhrenanlage betraut war, von diesem die erforderlichen Röhren überwiesen erhalten. Diese wurden, bis man sie brauchte, in einer Hütte aufbewahrt, zu welcher der Angeklagte den Schlüssel von seinem Arbeitgeber bekommen hatte. Von diesen Röhren hatte sich der Angeklagte welche zugeeignet und war deswegen nach der Ansicht des Reichsgerichts wegen Diebstahls zu bestrafen, da der Arbeitgeber nicht die Absicht ge-

[1] Ob dieser ein ausschließlicher oder ein Mitgewahrsam ist, darüber § 6, II, 1 und 2, S. 55 ff.

[2] Ebenso E. 30, 89/90 und Warn. 1907, S. 63 Ziff. 2, c.

habt habe, durch die körperliche Übergabe der Röhren sich der Verfügungsgewalt über diese zu entschlagen. Dies gehe schon daraus hervor, daß dieser hin und wieder ihren Bestand kontrollierte. Daß der Raum, in dem die Röhren aufbewahrt wurden, der Verfügungsgewalt des Angeklagten unterstellt gewesen sei, sei nicht anzunehmen. Insbesondere liege die Einräumung einer solchen nicht in der Übergabe des Schlüssels; letztere sollte dem Angeklagten nur den Zugang zur Hütte ermöglichen.

Ebensowenig verliert nach R. 3, 711/12 eine Dienstherrschaft dadurch, daß sie ihrem Dienstboten Wäschestücke zum zeitweiligen Gebrauch innerhalb der eigenen Räume der Herrschaft überläßt, nicht ihren Gewahrsam. „Denn in diesem Falle hat der Inhaber den Willen, den Gewahrsam festzuhalten, sowie die Möglichkeit, jederzeit seine tatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben.“ [1]

Allerdings ist hierdurch nicht allgemein die Möglichkeit ausgeschlossen, daß im einzelnen Fall ein Arbeitgeber, der seinen Arbeitern ihm gehörige Sachen zur zeitweiligen Benützung in seinen Räumen überläßt, diese Sachen damit den Arbeitern zu eigener Verfügungsgewalt aushändigt und damit ihnen den Gewahrsam an denselben einräumt (J. W. 1891, S. 113 Nr. 21).[2]

Daß die Fortdauer des Gewahrsams nach Ansicht des Reichsgerichts nicht lediglich durch die Möglichkeit eines Dritten, mit größerer Leichtigkeit als der Inhaber der Sache über sie zu verfügen, aufgehoben wird, zeigen besonders auch folgende Entscheidungen:

---

[1] Vgl. hierzu noch Erkenntnis des preußischen Ober-Tribunals vom 7. Mai 1878 (Stenglein VIII, 183/84), wonach eine Gefängnisanstalt an den den Gefangenen zur Benützung überlassenen Kleidungsstücken weder ganz noch teilweise ihr Eigentum, ihren Besitz oder Gewahrsam aufgegeben habe.

[2] Ebenso Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 285/86.

In E. 1, 289/90 hatten die Angeklagten ein Paar gegen Barzahlung gekaufte Schuhe in Empfang genommen und sich damit entfernt, ohne jedoch zuvor den Kaufpreis bezahlt zu haben. Darin erblickte das Reichsgericht ein Vergehen nach § 242 R.St.G.B. und erkannte demgemäß die Annahme des Untergerichts als richtig an, daß die Angeklagten zur Zeit der Zueignung der Schuhe den Gewahrsam an denselben noch nicht gehabt hätten, da der Verkäufer diesen ihnen trotz der Übergabe nicht habe übertragen wollen, bevor sie die Schuhe bezahlt hätten[1].

Einem Unterbeamten der Post, der das Umpacken, Ordnen und Aufschichten der der Postanstalt zur Beförderung übergebenen Pakete in einem Eisenbahnwagen zu besorgen hatte, hat das Reichgericht nach D. J. Z. 1911 Sp. 283/84 den Gewahrsam an diesen Paketen nicht zugesprochen, da diese Arbeiten sich nicht als Ausübung der Verfügungsgewalt über dieselben, sondern nur als eine Hilfstätigkeit untergeordneter Art bei der Paketbeförderung darstelle. Nur derjenige Beamte, der über die Behandlung der einzelnen Sendungen und deren Aufbewahrungsraum zu verfügen habe, habe die Pakete in seinem Gewahrsam, den er auch dadurch nicht verloren habe, daß er die Pakete für einzelne Verrichtungen andern Personen zugänglich machte, und daß er nicht unausgesetzt anwesend war. (Ebenso Recht 1912 Beil.-Bd. Nr. 3300).

Nach R. 3, 14 ff. steht der Gewahrsam an dem in den Leitungsröhren befindlichen Gase solange dem

---

[1] Ebenso J. W. 1894, S. 414, Nr. 10. Zustimmend Merkel in H.H. III, 643; Oppenhoff S. 561/62 Note 26; Kapff S. 61; Ernst Ewald S. 41. Die Begründung des letzteren, daß zur Fortdauer des Gewahrsams der Herrschaftswille oder die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit ausreichend sei, ist jedoch meines Erachtens unrichtig. Mir erscheint das Vorliegen beider Momente hierfür erforderlich.

Eigentümer der Gasanstalt zu, bis dasselbe den Gasmesser passiert hat. Das Entsprechende gilt nach E. 14, 121 ff. und 30, 388 ff. bezüglich des Gewahrsams an Wasserleitungswasser. In diesen Fällen hat also der Lieferant des Gases oder Wassers immer noch den Gewahrsam an dem Inhalt der in einem fremden Haus befindlichen Gas- oder Wasserleitungsröhren bis zu dessen Durchgang durch die Meßvorrichtung, obwohl doch der Bewohner des Hauses leichter als der erstere auf diesen einzuwirken, insbesondere sich diesen zuzueignen imstande ist.

Hinsichtlich der Fortdauer des Gewahrsams an Haustieren vertritt das Reichsgericht die Ansicht, daß dieselben trotz Entfernung von den ihnen zum Aufenthalt bestimmten Örtlichkeiten im Gewahrsam ihres Herrn verbleiben, solange sie die Gewohnheit, dahin wieder zurückzukehren, noch nicht aufgegeben haben[1].

Dem Angeklagten — Recht 1911, Beil.-Bd. Nr. 3139 — war ein Hund ohne sein Zutun in seine Wohnung gefolgt. Das Reichsgericht erkennt die Annahme des Untergerichts, daß damit der Eigentümer den Gewahrsam an dem Hund noch nicht verloren habe, als richtig an, wenn letzterer noch die Gewohnheit, zu seinem Herrn zurückzukehren, beibehalten habe. Denn diese Gewohnheit „wirke als eine Art Band, das Eigentümer und Tier zusammenhalte und jenen in die Lage versetze, seine Herrschaftsgewalt zu betätigen.“ Dieses Gewaltverhältnis über das Tier wirke auch

[1] Ebenso v. Liszt S. 425; Oppenhoff S. 560 Note 20; Micelli S. 61; Kapff S. 71; Eckardt S. 27. — Vgl. hierzu auch das Erkenntnis des königlichen Generalauditoriats vom 27. Mai 1873 (Stenglein II, 337 ff.), wo die Fortdauer des Gewahrsams für den Fall verneint wurde, daß das Tier zwar die Gewohnheit zur Rückkehr nicht aufgegeben hatte, diese aber dadurch hinfällig geworden war, daß es von einem Dritten mit Gewalt, z. B. durch Einsperren, daran gehindert wurde, zu seinem Herrn zurückzukehren.

bei zeitweiliger Entfernung desselben fort ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer gerade seinen augenblicklichen Aufenthaltsort kenne oder nicht[1].

In G. A. XXXVIII, 63 wird der Fortbestand des Gewahrsams an Schweinen, die den Hofraum und das Grundstück ihres Eigentümers verlassen hatten, bejaht, weil sie die consuetudo revertendi noch nicht abgelegt hatten und der Eigentümer wußte, wo sie sich befanden, während in dem in E. 21, 341 ff. entschiedenen Fall mangels dieser beiden Voraussetzungen der Gewahrsamsverlust an Schwänen, die sich auf einem andern, von ihrem bisherigen Standort entfernten, dem Eigentümer unbekannten Gewässer niedergelassen hatten, als eingetreten erachtet wurde.

2. Die Erschwerung der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache, die ihren Grund darin hat, daß ihr Inhaber dieselbe verlegt oder aus Vergeßlichkeit liegen gelassen[2] hat, hindert nicht die Fortdauer des Gewahrsams, vorausgesetzt, daß ihrer Wiedererlangung keine äußeren Hindernisse entgegenstehen, und daß die Erinnerung über ihren Verbleib nicht aus dem Gedächtnisse des Inhabers vollständig verschwunden ist[3].

---

[1] Ebenso Recht 1907, Sp. 1547 Nr. 3885, und 1909, Beilage-Bd. Nr. 3014 hinsichtlich eines eingefangenen bzw. angelockten Hundes, und E. 12, 310 ff. und 13, 341 ff. bezüglich Tauben.

[2] Hiervon sind zu unterscheiden die verlorenen Sachen, d. h. solche, bezüglich deren dem bisherigen Inhaber Ort und Stelle, wo sie sich befinden, unbekannt ist, und die von ihm daher, abgesehen von einem zufälligen Finden, nicht wieder erlangt werden können. Vgl. auch unten § 5 II, 2a, S. 49/50.

[3] Ebenso Merkel in H. H. III, 637; Berner S. 545; Meyer-Allfeld S. 510 und Anm. 17 daselbst; Harburger S. 197/98; Oppenhoff S. 560 Ziff. 19; Olshausen S. 958 Note 17 b; Micelli S. 61/62; Kapff S. 68; Hans Ewald S. 22/23; ebenso Frank S. 403 Note V hinsichtlich der innerhalb eines Raumes verlegten Sachen, nicht dagegen bezüglich der an einem bekannten Orte zurückgelassenen, vergessenen Gegenstände, da

Aus einem Warenballen, der zur Revision seines Inhaltes in die Diensträume eines Zollamtes gebracht worden war, waren innerhalb dieser Räumlichkeiten Straußfedern und andere Sachen herausgefallen, die ein Bureaudiener aufhob und für sich behielt. Das Reichsgericht — E. 3, 201 ff. — hob dessen Verurteilung wegen Unterschlagung auf, weil von einem „Finden“ dieser Sachen, wie das Untergericht annahm, unter diesen Umständen nicht die Rede sein könne. Da die herausgefallenen Sachen zwar an eine andere Aufenthaltsstelle gekommen, aber in denselben Räumlichkeiten verblieben seien, so sei die Verfügungsgewalt der Zollbehörde über diese die gleiche geblieben und damit auch ihr Gewahrsam gewahrt worden. Es liege in einem solchen Fall ein Verhältnis vor, „das richtiger nach der Analogie des Verlegens als des Verlierens von Sachen beurteilt werde“.

In der in J. W. 1902 S. 510 Nr. 40 wiedergegebenen Entscheidung hatte eine Dame in der Badezelle einer öffentlichen Badeanstalt ihre Uhr liegen gelassen. Unterwegs bemerkte sie ihren Verlust und ging sofort wieder zurück, um sie zu holen. Doch hatte sie inzwischen der Angeklagte, der die Zelle nach ihr benutzte, sich zugeeignet. In diesem Fall billigte das

„in der Mehrzahl dieser Fälle die normale Beziehung zu diesen beseitigt“ sei. Ähnlich wie Frank unterscheidet Harburger S. 204, der hinsichtlich der vergessenen Sachen einen Übergang des Gewahrsams auf den Inhaber der Örtlichkeit, an der der fragliche Gegenstand zurückgelassen wurde, für möglich hält. Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 285 86 will den Fortbestand bzw. den Übergang des Gewahrsams von den konkreten Umständen abhängig machen. Widmann-Laemmert S. 44/45 bejaht nur dann unbedingt den Fortbestand des Gewahrsams an vergessenen und verlegten Sachen, wenn sie sich nicht in einer von einem Dritten beherrschten Räumlichkeit befinden, da sonst das „corpus“, die tatsächliche Gewalt des bisherigen Inhabers, hinfällig wäre. Ähnlich Ernst Ewald S. 36/37. Vgl. hierzu noch Hilse in G. A. XXXIX, 409 ff.

Reichsgericht die Annahme der Strafkammer, daß der Dame die tatsächliche Verfügungsgewalt über ihre Uhr bis zu dem Zeitpunkt, wo der Angeklagte diese zu sich steckte, zugestanden habe, und daß sie nur vorübergehend an ihrer Ausübung verhindert gewesen sei, und billigte noch weiter den Satz, daß die zeitweilige Verhinderung der Ausübung des Gewahrsams nicht unbedingt dessen Verlust im Gefolge haben müsse, sondern dessen Fortbestand unberührt lassen könne.

Ähnliches spricht E. 38, 444/5 aus in bezug auf den Gewahrsam an einem seitens eines Reisenden beim Verlassen des Zuges daselbst zurückgelassenen Pakets: Da der Reisende unmittelbar, nachdem der Zug sich wieder in Bewegung gesetzt hatte, seinen Verlust wahrgenommen und zwecks Wiedererlangung des Pakets ein Telegramm nachgesandt habe, so sei demselben Ort und Verbleib desselben nicht aus dem Gedächtnis geschwunden gewesen. Allerdings sei durch die Abfahrt des Zuges zunächst ihm die Möglichkeit genommen gewesen, unmittelbar und sofort wieder zu dem Paket zu gelangen. Dieser Umstand habe aber die Fortdauer des Gewahrsams nicht aufheben können, da die Entziehung nur eine vorübergehende gewesen sei und der Reisende nach den Bahneinrichtungen jederzeit habe feststellen können, wo sich der betreffende Eisenbahnwagen, in welchem er das Paket habe liegen lassen, befunden habe. Damit aber habe er die Möglichkeit gehabt, sich den Gegenstand wieder zugänglich zu machen, ja er sei sogar in der Lage geblieben, mit Hilfe des Telegraphen alsbald über ihn zu verfügen[1].

Wohl alle in diesem Abschnitt aufgeführten Entscheidungen heben als wesentlichste Vorbedingung für

[1] Zustimmend z. B. Olshausen S. 958 Ziff. 17 b, β; a. A. Frank S. 403 Note V; Hälschner S. 286. — Im gleichen Sinne G. A. XLIII, 250.

den Fortbestand des Gewahrsams den Willen seitens des Inhabers hervor, diesen zu haben und zu behalten. Demgegenüber tritt das weitere, zur Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes nötige Erfordernis, das physische Näheverhältnis zur Gewahrsamssache und die damit verbundene Möglichkeit zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt über diese insofern etwas in den Hintergrund, als eine in der Person des Gewahrsamsinhabers begründete zeitweilige Unmöglichkeit, den Gewahrsam auszuüben, diesen noch nicht aufhebt[1]. Um den Verlust des Gewahrsams herbeizuführen, wäre vielmehr eine dauernde Verhinderung, sei es infolge tatsächlicher Unmöglichkeit, die in der Person des bisherigen Inhabers ihren Grund hat, sei es, daß der Wille eines Dritten dieser Gewahrsamsbetätigung hindernd in den Weg tritt, erforderlich.

Die Grundsätze, welche das Reichsgericht in dieser Hinsicht aufgestellt hat, entsprechen meines Erachtens vollkommen der natürlichen Anschauung und werden auch den Verkehrs- und Lebensverhältnissen gerecht. Nur die Entscheidung in E. 29, 309 ff. scheint mir in der Betonung des Willensmomentes zu weit zu gehen. Mag es auch durchaus zutreffend sein, daß der Arbeitgeber den Gewahrsam an den Röhren nicht auf seinen Vorarbeiter übertragen wollte, in Wirklichkeit hat er es meines Erachtens durch die Übergabe des Schlüssels zur Hütte, in der die Röhren aufbewahrt wurden, trotzdem getan. Damit war er nicht mehr imstande, jederzeit und ohne Beschränkung zu den Röhren zu gelangen und seine Verfügungsmacht daran zu betätigen, wenn ihm nicht die Hütte zuvor von dem Vorarbeiter aufgeschlossen wurde. Von einem freien,

[1] Vgl. auch Harburger S. 202, der noch weiter geht und ohne jede zeitliche Beschränkung den Satz aufstellt, daß „der Gewahrsam auch vermittels des bloßen Willens, die Verfügungsgewalt über die Sache nicht aufzugeben", erhalten bleibe.

ungehinderten Zutritt zu der Gewahrsamssache, wie er für den Fortbestand des Gewahrsams zu fordern wäre, kann unter solchen Verhältnissen nicht mehr gesprochen werden. Deswegen wäre hier zum mindesten der Übergang des engeren Gewahrsams auf den Vorarbeiter zu bejahen und ihm selbst nur noch der weitere zuzusprechen gewesen[1]. Dem Vorarbeiter lediglich um deswillen den Mitgewahrsam absprechen zu wollen, weil der Arbeiter sich der Verfügungsgewalt über die Röhren nicht begeben wollte, ist meines Erachtens eine Überspannung des dem Gewahrsamsbegriffe innewohnenden Willensmomentes.

§ 5.

Der Verlust des Gewahrsams.

Der Gewahrsam des bisherigen Inhabers kann mit dessen Willen oder ohne diesen endigen. Der Gewahrsamsverlust kann sonach ein freiwilliger oder ein unfreiwilliger sein.

I. Der freiwillige Verlust.

Die freiwillige Aufgabe des Gewahrsams kann sich vollziehen:

1. durch Preisgeben der Gewahrsamssache, d. h. durch Besitzaufgabe, verbunden mit der Absicht, sich des Eigentums an derselben zu entschlagen. Dadurch wird die Sache herrenlos und kann infolgedessen nicht mehr Objekt eines Diebstahls sein.

Nach R. 3, 174/75 waren auf Anordnung einer Verwaltungsbehörde verbotswidrig eingeführte Ochsen getötet und verscharrt worden. Die Angeklagten gruben sie aus und eigneten sie sich zu. Ihre darauf-

[1] Vgl. hierzu Binding I, 289 Anm. 1, der dem Vorarbeiter sogar den Alleingewahrsam an den Röhren zusprechen will, und Widmann-Laemmert S. 51, der Mitgewahrsam zwischen Arbeitgeber und Vorarbeiter für gegeben hält.

hin erfolgte Verurteilung wegen Vergehens nach §§ 242, 137 R.St.G.B. hob das Reichsgericht mit folgender Begründung auf: Zwar seien die Ochsen durch die Beschlagnahme in das Eigentum und den Gewahrsam des Staates übergegangen. Aber in dem Verscharren derselben sei ein Aufgeben des Eigentums seitens des Staates zu erblicken, das das Aufhören des Gewahrsams im Gefolge gehabt habe.

Mit der Besitzentäußerung muß auch der Wille seitens des Preisgebenden, die Sache nicht mehr inne zu haben, verbunden sein. Ob dieser Wille vorliegt oder nicht, ist nach den gegebenen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen. Mit Rücksicht hierauf erklärt das Reichsgericht in E. 39, 26 ff., daß man nicht allgemein den Satz aufstellen könne, daß Munition und Munitionsteile durch das Verschießen immer herrenlos werden[1]. Bei Beurteilung dieser Frage komme „neben ihrem (d. i. der verschossenen Munition) Werte die Unmöglichkeit oder Schwierigkeit der Auffindung wegen Unbekanntschaft mit dem Orte, wo sie sich befinde, wegen Mangels der Befugnis zum Betreten dieses Ortes, wegen vergeblicher Auffindungsversuche u. dgl. in Betracht". Für ihre Bejahung oder Verneinung sind namentlich auch die Anschauungen der Verkehrs in Rücksicht zu ziehen[2].

2. Die Aufgabe des Gewahrsams kann sich ferner in der Weise vollziehen, daß der bisherige Inhaber die tatsächliche Herrschaft über die Sache auf eine andere Person überträgt mit dem Willen, daß nunmehr letztere den Gewahrsam ausübe, also durch freiwillige Übergabe.

Daher hat nach der bereits erwähnten[3] Entscheidung in E. 2, 332 ff. durch die Übergabe der Uhr seitens

[1] Vgl. hierüber unten § 12, S. 85 ff.

[2] Vgl. noch hierzu E. 10, 84/85, oben § 4, S. 28.

[3] Siehe oben § 2, S. 12.

des Geisteskranken an den Briefbesteller ein solcher Gewahrsamsverlust stattgefunden, vorausgesetzt, daß ersterer trotz seines Geisteszustandes dazu imstande war, die tatsächliche Herrschaft über die Uhr bis zu ihrer Übergabe auszuüben, und „der zur Tradition der Uhr erforderlichen Willensbestimmung im natürlichen Sinne fähig“ war.

Eine Folge davon, daß zur freiwilligen Gewahrsamsübertragung der Wille erforderlich ist, die Sache aus der bisherigen Gewalt zu entlassen, besteht darin, daß in den Fällen, in welchen ein Geschäfts- oder Dienstherr andern, in einem Abhängigkeitsverhältnis zu ihm stehenden Personen ihm gehörige Sachen zur Benützung oder ähnlichen Zwecken überläßt, in der Regel ein Gewahrsamsverlust seitens des ersteren nicht eintritt[1].

3. Dem förmlichen Übergabeakt seht die ausdrückliche Einwilligung in die Wegnahme seitens eines Dritten gleich.

Deswegen konnte in R. 4, 129 der Mitangeklagte H., der von dem Rollkutscher N. aufgefordert worden war, aus einem Sacke, den N. in Gewahrsam hatte, zwei Bund Peitschenriemen herauszunehmen, um sie sich zuzueignen, und der dieser Aufforderung auch nachkam, nicht wegen Diebstahls verurteilt werden, da die Aufhebung des Gewahrsams des N. mit dessen Zustimmung erfolgt war. Ebensowenig hatte sich nach Ansicht des Reichsgerichts — E. 5, 218 ff. — ein Angeklagter dadurch eines Diebstahls schuldig gemacht, daß er mit Einwilligung des Knechtes, der im Auftrage seines Dienstherrn einen mit Kohlen beladenen Wagen bei dem Verkäufer abzuholen und auf seines Herrn Gut zu führen hatte[2], von diesen Kohlen

[1] Siehe hierüber Näheres oben § 4, S. 28 ff.

[2] Den Gewahrsam an den Kohlen während des Transportes sprachen Strafkammer und Reichsgericht dem Knecht zu.

auf die Straße warf, wo sie dann von den Kindern des Angeklagten aufgelesen und gesammelt wurden[1].

Der freiwilligen Übergabe einer Sache liegt regelmäßig ein Vertragsverhältnis zwischen dem bisherigen Gewahrsamsinhaber und dem Empfänger der Sache zugrunde. Dieses kann mannigfacher Art sein. In der reichsgerichtlichen Rechtsprechung treten besonders die Verwahrung, die Leihe, die Verpfändung und der Beförderungsvertrag auf. Da diese Vertragsverhältnisse wohl den Übergang des Besitzes und des Gewahrsams, nicht aber auch des Eigentums zur Folge haben, hat das Reichsgericht denjenigen, der über die ihm übergebene Sache wie ein Eigentümer verfügte, wegen Unterschlagung verurteilt: So R. 3, 642 ff.: Aneignung von Sachen aus einem Koffer, der dem Angeklagten in Verwahrung gegeben worden war; R. 6, 239 ff.: desgleichen hinsichtlich Wertpapiere, ebenso E. 5, 222 ff.; E. 9, 337 ff.: Unterschlagung von Mündelvermögen seitens des Vormundes, der dies in Verwahrung und Verwaltung hatte; E. 24, 38 ff: Aneignung von Flaschenwein, der dem Angeklagten zur Aufbewahrung übergeben war[2].

Was weiterhin die leihweise Hingabe einer Sache betrifft, so läßt dieselbe trotz der Verpflichtung des Empfängers, dieselbe wieder zurückzugeben, den Entleiher den Gewahrsam an dieser Sache erwerben; sie hat somit auf seiten des Verleihers einen Gewahrsams-

---

[1] A. A. Harburger S. 203/04 Anm. 5, der in beiden Fällen den Gewahrsam des Knechtes verneint und ihn als bloßen „Gewahrsamshalter" bezeichnet. Binding (I, S. 267 Anm. 2) nimmt im zweiten Fall seitens des Knechtes Beihilfe zur Unterschlagung des Angeklagten an. Nach Kapff S. 63/64 liegt wohl Beihilfe zum Diebstahl des Knechtes vor, da er Fortdauer des Gewahrsams des Herrn annimmt. — Ebenso J. W. 1896, S. 479 Nr. 55.

[2] Vgl. bezüglich des Gewahrsamsverlustes bei Übergabe zur Verwahrung auch J. W. 1906, S. 245 Nr. 21.

verlust zur Folge. Daher begeht der Entleiher an einem ihm zur Verpfändung zwecks Erlangung eines Darlehens übergebenen Wertpapiere nur eine Unterschlagung, wenn er dasselbe nach seiner Einlösung unbefugterweise weiterverkauft. So hat denn auch das Reichsgericht in E. 37, 198/99 hinsichtlich der Wertpapiere des B. entschieden. Hat dagegen der Entleiher das Papier, ohne zuvor durch Wiedereinlösung den Gewahrsam daran wiedererlangt zu haben, durch Verkauf sich rechtswidrig zugeeignet, so ist für die Annahme einer Unterschlagung mangels Gewahrsams zur Zeit der Zueignung kein Raum; möglicherweise liegt Untreue vor: so E. 16, 241 ff. und E. 37, 198 ff. hinsichtlich der Wertpapiere des H.[1].

Der Gewahrsam des bisherigen Inhabers geht in der Regel auch verloren durch die Übergabe einer Sache an einen Frachtfuhrmann oder Lohnkutscher zwecks Verbringung an einen andern Ort. Demgemäß spricht das Reichsgericht in G. A. XXXVII, 48 den Angeklagten, der von den Versendern vier Fässer Rum und 1 Faß Wein zum Transport nach St. erhalten hatte und unterwegs den Fässern einen Teil ihres Inhaltes entnahm, der Unterschlagung schuldig und führte zur Begründung aus, daß die Eigentümer der Fässer

[1] Entgegengesetzt E. 6, 117/18, das bei gleicher Sachlage Unterschlagung annimmt und dies damit begründet, daß zwar der Entleiher durch die Verpfändung des Wertpapieres „unvollständiger Besitzer“ desselben geworden sei, immerhin aber doch nach § 246 R.St.G.B. strafbar sei, da nach diesem „nicht bloß der Gewahrsaminhaber, sondern auch der Besitzer einer fremden Sache der Unterschlagung sich schuldig machen könne.“ Hier erkennt also das Reichsgericht die Worte „Besitz“ und „Gewahrsam“ in § 246 R.St.G.B. nicht als gleichbedeutend an und erklärt zur Erfüllung des ersteren Begriffes auch den mittelbaren Besitz als ausreichend. Vgl. dagegen über seine jetzige Stellung in dieser Frage besonders E. 37, 198 ff. Siehe auch unten S. 96.

und ihres Inhalts durch die Übergabe an den Angeklagten den Gewahrsam daran verloren hätten, da sie besondere Vorkehrungen, um sich den Gewahrsam zu erhalten, z. B. in der Art, daß sie den Transport selbst begleiteten oder durch einen Stellvertreter begleiten ließen, nicht getroffen hätten [1].

Schließlich sei noch erwähnt, daß das „Anvertrauen" einer Sache überhaupt, ohne Rücksicht auf den demselben innewohnenden Grund, den Verlust des Gewahrsams auf seiten des bisherigen Inhabers nach sich zieht. Denn Anvertrauen bedeutet das „Einräumen der tatsächlichen Verfügungsgewalt an einen Dritten im Vertrauen darauf, er werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen". (E. 4, 386 ff. u. 11, 85/86) [2].

II. Der unfreiwillige Verlust.

Der Verlust des Gewahrsams in diesem Sinne kann sich in doppelter Weise vollziehen.

1. Die eine Art seiner Aufhebung hat darin ihren Grund, daß „zwischen die Sache und den Herrscherwillen des bisherigen Inhabers die jenen Willen verneinende und seine Betätigung ausschließende tatsächliche Herrschaft eines andern tritt". [3] Mit der Ver-

[1] Ebenso R. 4, 129; E. 5, 218 ff. und 35, 115 ff,; J. W. 1896, S. 479 Nr. 55; D. J. Z. 1911, Sp. 283/84.

[2] Vgl. hierzu Erkenntnis des sächsischen Ober-Appellationsgerichts vom 25. November 1875 (Stenglein VI, 294/95), das mit Recht annahm, daß das Getreide, das die Angeklagten zur Aussaat erhalten hatten, damit in ihren Gewahrsam gelangt war, wenn sie auch verpflichtet waren, das, was hiervon übrig blieb, ihrem Dienstherrn wieder abzuliefern. Der Ansicht des Untergerichts, daß der Eigentümer sich der tatsächlichen Verfügungsmacht über das Getreide nicht begeben habe, steht der Umstand entgegen, daß sie dasselbe infolge der Übergabe in ihre alleinige Verfügungsgewalt und damit in ihren Gewahrsam erhalten hatten, während ihr Dienstherr darüber weiter zu verfügen außerstande war.

[3] Vgl. Binding I, 290 u. 292; Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 284/88; Micelli S. 58/59; ähnlich Harburger S. 206; Merkel in H. H. III, 639 und Ernst Ewald S. 40.

drängung des bisherigen Inhabers aus seiner tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit endet sein Gewahrsam. Ob jedoch im konkreten Fall die seitens des Täters zum Zwecke der Gewahrsamsentziehung vollführte Handlung zur Vollendung eines Diebstahls ausreicht, oder ob sie sich nur als Versuch desselben darstellt, oder ob sie lediglich eine straflose Vorbereitungshandlung geblieben ist, ist mitunter nicht leicht und zweifelsfrei zu beurteilen. Die Entscheidung dieser Frage liegt im wesentlichen auf dem tatsächlichen Gebiete.

Nach Recht 1906, Sp. 869 Nr. 2184 ist der Gewahrsamsverlust dann eingetreten, „wenn eine Sache dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers entzogen und in die Verfügungsgewalt des Täters gebracht wird“ [1]. In Warn. 1908 S. 76 Ziff. 2a erläutert das Reichsgericht den den Gewahrsamsverlust bewirkenden Begriff der Wegnahme dahin, daß dazu nicht schon „jedes körperliche Ergreifen“ der Sache genüge; es müsse vielmehr auf seiten des Diebes, wenn auch nicht der Erwerb „gesicherten Besitzes“, so doch die Erlangung des Gewahrsams noch hinzukommen.

In R. 6, 641 ff.[2] billigt das Reichsgericht die Annahme des Untergerichts, daß lediglich eine Vorbereitungshandlung, nicht schon ein strafbarer Versuch vorliege, bei folgendem Tatbestand: Die fünf Angeklagten hatten sich einem Strohschober genähert, um aus demselben Stroh zu holen. Während nun vier von ihnen wenige Schritte von demselben entfernt stehen blieben, ging der fünfte an den Schober heran und hob, um zu sehen, ob jemand darunter sich versteckt halte, einen Bund Stroh auf, ließ ihn aber sofort wieder fallen, als er einen Wächter darunter liegen sah, und entfloh dann mit den übrigen. Da nun — so

[1] Ebenso Badische Annalen XLIX, 61/62.
[2] Ähnlich Sächsisches Archiv V, 218/19.

führt das Reichsgericht aus — der Angeklagte beim Ergreifen des Strohbündels nicht die Absicht gehabt habe, dieses sich zuzueignen, vielmehr nur feststellen wollte, ob darunter sich etwa ein Wächter verborgen habe, so habe er damit trotz des Ergreifens des Strohes mit der Wegnahme desselben doch noch keinen Anfang gemacht. Seine Handlung habe nur diese künftige Wegnahme vorbereiten sollen.

Dagegen fand es in R. 2, 179 ff. bereits den Anfang der Ausführung, also einen Versuch der Wegnahme in dem Ausstrecken der Hand über einen Ladentisch bis in die unmittelbare Nähe der Kasse, verbunden mit der Absicht, aus der Kasse Geld zu entwenden. Denn dies sei der Beginn derjenigen Handlung, mittels welcher der Diebstahl ausgeführt werden sollte. Unerheblich sei es, daß die Angeklagte, um zu dem Gelde zu gelangen, erst noch die unverschlossene Ladenkasse hätte öffnen müssen.

Ebenso kann nach R. 4, 44 ff. in dem Versuch, einen verschlossenen Koffer zu öffnen, um sich Sachen daraus zuzueignen, der Anfang der Ausführung der beabsichtigten Wegnahme liegen.

In ähnlicher Weise wird in J. W. 1906, S. 787 Nr. 22 nur versuchter Diebstahl in einem Fall angenommen, in dem die Angeklagte bereits fremde Kohlen in ein von ihr mitgebrachtes Behältnis eingefüllt hatte, dieselben aber wieder ausschüttete, als sie, im Begriffe wegzugehen, hierbei ertappt wurde. Denn sie hatte „durch die bloße Tatsache des Einschöpfens noch nicht die ausschließliche Verfügungsgewalt erlangt".

Besondere Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, ob der Gewahrsam des bisherigen Inhabers noch fortdauert, oder ob dieser ihn schon verloren hat, bieten diejenigen Fälle, in denen der Täter die in Frage stehende Sache einstweilen in den Räumen des

bisherigen Gewahrsamsinhabers beläßt[1], sie daselbst etwa versteckt und erst später zu gelegener Zeit fortschaffen will.

In dieser Hinsicht stellt das Reichsgericht in G. A. XL, 51 folgende Sätze auf: „Der Begriff der Wegnahme im Sinne des § 242 erfordert allerdings, daß die fremde bewegliche Sache aus der fremden Verfügungsgewalt in die eigene des Täters gebracht wird. Dazu ist aber nicht erforderlich, daß die Sache aus den Räumen des bisherigen Inhabers wirklich fortgeschafft[2] und in den

[1] Ihre Beantwortung wird meines Erachtens erleichtert durch die Stellung der Vorfrage: Ist der bisherige Gewahrsamsinhaber durch die seitens des Täters vorgenommene räumliche Veränderung der Sache noch imstande, seine Herrschaft über dieselbe zu betätigen, z. B. sie wegzuholen? Muß diese Frage verneint werden, weil der bisherige Inhaber den neuen Aufbewahrungsort der Sache nicht kennt, weil diese derart versteckt ist, daß er sie nicht finden kann, mag das Verstecken auch in seinen eigenen, von ihm innegehabten Räumen geschehen sein, so muß meiner Ansicht nach der Gewahrsamsverlust bejaht werden, ohne Rücksicht darauf, ob das Wegschaffen der Sache dem Dieb im einzelnen Fall noch besondere Schwierigkeiten machen wird. Letzterer Umstand ist nur für die Frage nach der Zueignung der Sache, also für den Gewahrsamserwerb seitens des Diebes von Bedeutung.

Kann dagegen die Vorfrage nicht bejaht werden, so liegt sicherlich noch kein vollendeter Gewahrsamsbruch vor.

[2] Zustimmend v. Liszt S. 429 Anm. 18; Merkel in H. H. III, 664/65; Meyer S. 556; Meyer-Allfeld S. 511 und Anm. 24 daselbst; Olshausen S. 962 Ziff. 25; Rüdorff S. 522 Note 21; Oppenhoff S. 564 Note 39; Eckardt S. 40/41; Micelli S. 66/67; ähnlich Binding I, 286. A. A. Hälschner II. Bd., 1. Tl. S. 286, der in dem Verstecken in dem Hause des bisherigen Gewahrsamsinhabers höchstens einen Diebstahlsversuch sieht. Diesem ähnlich Frank S. 404 Note VI, 1, welcher zwar zur Erfüllung der vollendeten Wegnahme die Wegbringung der Sache vom Orte der Tat nicht verlangt, aber in dem Verstecken daselbst nur einen versuchten Diebstahl erblickt, da der Dieb damit wohl dem bisherigen Inhaber die Möglichkeit genommen habe, so auf die Sache einzuwirken, wie es die Gewohnheit des

gesicherten Besitz des Diebes gebracht sein muß. Es genügt vielmehr schon, wenn nur das physische Vermögen, tatsächlich und ausschließlich über die Sache zu verfügen, ohne Zustimmung und ohne Willen des bisherigen Inhabers diesem entzogen und seitens des Täters mit dem Willen erlangt ist, die Sache in seinen Gewahrsam zu bringen und über sie gleich dem berechtigten Inhaber zu verfügen." [1] G. A. XLVI, 131 weist noch ausdrücklich darauf hin, daß „Wegnehmen" nicht gleichbedeutend mit „Wegschaffen" ist, und erklärt den Begriff der Wegnahme durch das Abpflücken von Gurken, ihre Herausnahme aus den Mistbeeten und ihre Aufhäufung zum Zwecke späterer Abholung für erfüllt.

Ebenso erklärt das Reichsgericht in R. 2, 660/1 den Diebstahl als vollendet, den Gewahrsam des ursprünglichen Inhabers für gebrochen bei folgender Sachlage: Die Angeklagten waren nachts in ein Fruchtmagazin eingebrochen, hatten dort acht von ihnen mitgebrachte Säcke mit Getreide gefüllt und waren gerade im Begriffe, einem von ihnen den ersten der gefüllten Säcke aufzuladen, um sie wegzuschaffen, als sie dabei überrascht und am Wegtragen gehindert wurden. Nach Ansicht des Reichsgerichts hatten die Angeklagten die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Getreide schon mit dem Einfüllen in die Säcke erlangt, da damit „das Getreide von dem durch den Eigentümer zur Lagerung gewählten Aufbewahrungsort weggebracht" war. Der Fortschaffung aus den Räumen des

Lebens mit sich bringe, für sich selbst aber diese Möglichkeit damit noch nicht erworben habe. Berner (S. 546) unterscheidet beim Verstecken der Sache in den Räumen des bisherigen Inhabers, ob das „so geschieht, daß er sie später nur abzuholen braucht, oder ob er sich erst noch in die Verfügungsgewalt setzen muß": im ersten Fall Vollendung, im zweiten Fall Versuch.

[1] Im gleichen Sinn Recht 1902, S. 594 Nr. 267, und 1906, Sp. 869 Nr. 2184.

Eigentümers bedürfe es zur Vollendung des Diebstahls nicht [1].

Im Anschluß an den der Entscheidung in E. 12, 353 ff. zugrundeliegenden Tatbestand legt das Reichsgericht eingehend dar, daß das Einfüllen von Getreide und das Verstecken der damit gefüllten Säcke in den Räumen des bisherigen Inhabers diesen unter Umständen aus dem Gewahrsam setzen könne, anderseits aber auch nur als erster Schritt zur Erlangung des Gewahrsams seitens des Täters die spätere Wegnahme erleichtern solle. Bei Entscheidung der Frage, ob im gegebenen Falle das eine oder das andere vorliege, sei auch der Wille des Täters zu berücksichtigen, insbesondere ob es ihm etwa „bis zum Wegschaffen aus dem Gebäude und dem unmittelbar hierzu bewerkstelligten abermaligen Ergreifen des Sackes an dem Willen — animus — der Besitzergreifung und Wegnahme fehlte“ oder nicht. Dieses subjektive Moment betont auch die Entscheidung im Recht 1912, Beil.-Bd. Nr. 3155, die ausführt, daß zum vollendeten Diebstahl zum mindesten gehöre, daß nach der Vorstellung [2] des Wegnehmenden die Entziehung aus dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers beendet und an dessen Stelle sein alleiniger Besitz getreten sei. Diese Vorstellung bestehe dann nicht, wenn die Wegnahmetätigkeit, die Verdrängung des entgegenstehenden Herrschaftsrechts noch fortdaure.

---

[1] Ebenso E. 12, 353 ff.; G. A. XXXVIII, 177, und LVI, 315; Warn. 1908, S. 76 Ziff. 2 c.

[2] Ganz ähnlich Erkenntnis des sächsischen Ober-Appellationsgerichts vom 2. Juni 1871, 9. Dezember 1872 und 24. Juli 1874 (Stenglein I, 88/89, II, 281 und IV, 362/63). Diese vertreten auch die Ansicht, daß dann, wenn der Wegnehmende der Meinung war, daß durch das Verstecken die Sache noch nicht dem bisherigen Inhaber entzogen sei, nur eine Vorbereitungshandlung vorliege. Dies sei aber beim Verstecken in den Räumen des bisherigen Inhabers immer anzunehmen.

Daneben dürfen selbstverständlich im einzelnen Fall die konkreten tatsächlichen Verhältnisse[1] nicht unberücksichtigt bleiben bei Prüfung der Frage, ob der Gewahrsam des bisherigen Inhabers noch fortbesteht, oder ob er bereits auf den Täter übergegangen ist.

So hat denn das Reichsgericht in G. A. XXXVII, 180 den Satz ausgesprochen, daß das Einfüllen von Getreide in Säcke insbesondere dann noch nicht die Verfügungsgewalt des Eigentümers aufhebe, „wenn der Ausführung des Diebstahls, wie er geplant worden, noch erhebliche Schwierigkeiten, hier die von den Angeklagten bemerkte Anwesenheit anderer in der Nähe des Tatortes entgegenstehen", oder wenn zur Fortschaffung der entwendeten Sachen noch besondere Vorbereitungen erforderlich sind (R. 7, 539 ff.).

Demgemäß hat das Reichsgericht in E. 27, 395 ff. die Ansicht der Strafkammer gebilligt, die dahin ging, daß die Angeklagten mit dem Einfüllen des entwendeten Getreides den Eigentümer noch nicht aus seiner Verfügungsgewalt verdrängt hätten, da diese, bevor sie mit dem Fortschaffen des Getreides beginnen konnten, erst noch die Türe, durch die es fortgeschafft werden sollte, gewaltsam öffnen mußten. Vor dem Öffnen dieser Türe könne von einer Änderung der Verfügungs-

[1] Ebenso Olshausen S. 962 Note 25; Oppenhoff S. 564 Note 39; Rüdorff S. 521 Nr. 21; Micelli S. 66/67; Goldschmidt in G. A. XLVII, 357/58. Nach der Ansicht des letzteren kommt es für die Frage nach der Vollendung des Diebstahls darauf an, ob die Herrschaft, welche der Dieb erlangt hat, stärker ist als die des Bestohlenen. Damit dies der Fall sei, werde in der Regel eine Ortsveränderung der Sache nötig sein, und zwar derart, daß der Bestohlene sie nicht sofort entdecke. Nicht nur müsse des letzteren Herrschaftsausübung erschwert sein, sondern es müsse auch der Dieb leichter als der Herr über die Sache herrschen können. Nach Binding I, 293 liegt dann Vollendung vor, wenn dem bisherigen Inhaber jede Einwirkung auf die Sache unmöglich und diese nur dem neuen Inhaber zugänglich ist.

gewalt über das Getreide in diesem Fall nicht gesprochen werden. Das Einfassen desselben habe nur die spätere Wegnahme ermöglichen sollen.

2. Der Gewahrsam des bisherigen Inhabers kann ohne dessen Willen endigen, wenn er dauernd außerstande ist, diesen zu betätigen, ohne daß der Grund hierfür der Herrschaftswille eines Dritten ist, der sich seiner Gewahrsamsausübung entgegensetzt.

a) Eine solche dauernde Verhinderung an der Betätigung seiner Verfügungsgewalt tritt ein, wenn der bisherige Inhaber die Gewahrsamssache verliert.

Eine Sache ist dann als „verloren" anzusehen, wenn der bisherige Inhaber der Sache ihren Verbleib nicht kennt, oder wenn sie ihm aus einem andern Grunde dauernd unzugänglich ist, so daß ihm die Verfügungsmöglichkeit über diese genommen ist, oder wie E. 38, 444/45 diesen Begriff erläutert, „wenn der Ort seiner (des Gegenstandes) Zurücklassung unbekannt und die Möglichkeit seiner Wiedererlangung, abgesehen von einem Zufall, abgeschnitten ist" [1]. Liegen diese beiden Merkmale vor, so ist die Verfügungsgewalt des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben. Unter diesem Gesichtspunkt hatte nach Ansicht des Reichsgerichts — Soergel-Krause 1911, S. 73, Ziff. 8 — der Eigentümer eines Wechsels, der diesen dem Angeklagten zur Akzeptierung vorgelegt und aus Versehen in dessen Wohnung zurückgelassen hatte, den Gewahrsam an dem Wechsel damit verloren.

Eine Einschränkung erleidet dieser Begriff jedoch in der Weise, daß der Gewahrsamsverlust dann noch

---

[1] Ähnlich Merkel in H. H. III, 637; Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 285; Meyer-Allfeld S. 510; v. Schwarze S. 705 Ziff. 4; Olshausen S. 957/58 Note 17 a; Binding S. 290; Micelli S. 59, der noch weiter fordert, daß sich die Sache in niemands tatsächlicher Herrschaft befindet; Hans Ewald S. 22 Ziff. 1; Ernst Ewald S. 36; Widmann-Laemmert S. 42.

nicht als eingetreten gilt — obwohl sein Inhaber augenblicklich den Ort, wo sich die in Frage stehende Sache befindet, nicht kennt — wenn sie sich in einer der Herrschaftsgewalt des Inhabers unterworfenen Räumlichkeit befindet. Dann ist eben die Sache nicht „verloren", sondern nur „verlegt"[1].

b) Nahe verwandt mit dem Verlieren einer Sache ist der Gewahrsamsverlust, der dadurch eintritt, daß zahme oder gezähmte Tiere die Gewohnheit, zu ihrem Standort zurückzukehren, aufgegeben haben, also entlaufen sind[2]. Daher sprach das Reichsgericht in E. 21, 341 ff. den Gewahrsam an zahmen Schwänen, die vom Uckersee, ihrem bisherigen Standorte, nach dem Angermünder See geflogen waren und von dort nicht mehr zurückkehrten, dem bisherigen Eigentümer ab, zumal dieser deren neuen Aufenthaltsort nicht kannte[3].

c) Schließlich wäre noch der Vollständigkeit halber zu erwähnen, daß der Gewahrsam naturgemäß mit dem Tod des Gewahrsamsinhabers erlischt. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Gewahrsam als die tatsächliche Herrschaft über eine Sache zu seiner Ausübung eine natürliche Person voraussetzt und daher von deren Vorhandensein bedingt ist (vgl. E. 10, 257 ff. u. 34, 252 ff.)[4].

---

[1] Vgl. auch § 4 Ziff. 2, S. 33 ff. und die dort aufgeführten Entscheidungen.

[2] Vgl. v. Liszt S. 425; Rüdorff S. 520 Note 16; Oppenhoff S. 560 Note 20; Olshausen S. 958 Note 17a; Micelli S. 61; Ernst Ewald S. 39.

[3] Siehe auch oben § 4, Ziff. 1, S. 32/33.

[4] Nicht dagegen verliert der Grundstückseigentümer durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung allein den Gewahrsam an den auf seinem Grundstück stehenden Früchten — E. 20, 428/29 und 23, 71 ff. — oder der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung den Gewahrsam an den zur Masse gehörigen Gegenständen — G.A. XXXVII, 177 —. Hierzu ist vielmehr noch die tatsächliche Besitzergreifung seitens des Ersteigerers bzw des Konkursverwalters erforderlich.

Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, läßt sich die Frage des Verlustes des Gewahrsams jeweils nur unter eingehender Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse im gegebenen Falle beantworten. Diese geben hier allein den Ausschlag. Abgesehen von den erwähnten allgemeinen Grundsätzen über den Gewahrsamsverlust lassen sich einheitliche, den konkreten Fall enger begrenzende Richtlinien für die Beantwortung dieser Frage bei der Vielgestaltigkeit des Lebens und der Mannigfaltigkeit der tatsächlich möglichen Fälle wohl nicht aufstellen. Dies gilt auch besonders für die Fälle, wo der Dieb einstweilen die Sache in den Räumen des bisherigen Gewahrsamsinhabers beläßt.

Mit Rücksicht darauf, daß die tatsächlichen Umstände eine solch hervorragende Rolle bei der Beurteilung spielen, ist es schwer, zu den einzelnen Entscheidungen des Reichsgerichts Stellung zu nehmen. Es mag daher hier nur auf die Entscheidung in R. 2, 660/1 etwas näher eingegangen werden (siehe oben S. 46). Hier hat das Reichsgericht den Gewahrsamsbruch bejaht und daher vollendeten Diebstahl angenommen. Meiner Ansicht nach ist derselbe nicht über einen Versuch hinausgekommen. Zwar ist es richtig, daß die Erlangung des Gewahrsams gesicherten Besitz auf seiten des Wegnehmenden nicht voraussetzt, und daß wohl auch der Wille der Angeklagten auf die Verdrängung des bisherigen Inhabers aus seinem Gewahrsam gerichtet war. Aber auf der andern Seite war der Eigentümer des Getreides, das sich immer noch in seinem Magazin befand und auch immer darin verblieb, imstande, die tatsächliche Herrschaft über dieses auszuüben, und war daran bis zur Entdeckung der Tat in keiner Weise gehindert. Das in Säcke gefüllte Getreide war von den Angeklagten auch nicht etwa versteckt worden; es war daher für den Eigentümer jederzeit zugänglich geblieben.

Wenn nun das Reichsgericht in dem Einfüllen des Getreides in Säcke schon einen Übergang des Gewahrsams von dem bisherigen Inhaber auf die Angeklagten erblickt, so berücksichtigt es meines Erachtens hier die tatsächlichen Verhältnisse zu wenig.

§ 6.

Der Mitgewahrsam.

Ein Mitgewahrsamsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen ist dann gegeben, wenn sich eine Sache gleichzeitig im Gewahrsam dieser befindet, wenn diese also nebeneinander die Möglichkeit und den Willen der tatsächlichen Herrschaftsausübung über die Sache haben.

Man unterscheidet in der Regel zwei Arten von Mitgewahrsam, je nachdem die sämtlichen Mitgewahrsamsinhaber in der Ausübung ihrer Herrschaftsmöglichkeit einander völlig gleichstehen oder der eine Teil sich bei dieser dem Willen des andern unterordnen muß[1].

[1] In der Hauptsache zustimmend Binding I, 289; v. Liszt S. 426; Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31; Rotering in G. A. XLVII, 256 ff.; Ohlshausen S. 959 Note 19; Frank S. 402/3; Meyer S. 552/53; Eckardt S. 27 ff.; Hans Ewald S. 27/28; Micelli S. 73 ff.; Widmann-Laemmert S. 46 ff.; a. A. Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 287, der im letzteren Fall eine Stellvertretung in der Ausübung des Gewahrsams erblickt in der Weise, daß der Gewahrsam bei dem „Detentor" verbleibt und der Stellvertreter nur als das Werkzeug erscheint, mittels dessen der Detentor seinen Willen über die Sache aktiv betätigt; ähnlich Kapff S. 62 ff.; ferner Harburger S. 201 und Anm. 5 daselbst, der überhaupt den Begriff des Mitgewahrsams verwirft; nur bei Mietverhältnissen bestehe vielleicht die Möglichkeit eines solchen. Sonst habe entweder der eine oder der andere Teil den alleinigen Gewahrsam, oder der eine übe die Herrschaft über die Sache nicht für sich, sondern für den an der Sache Berechtigten aus, sei also lediglich „Gewahrsamhalter" und nehme somit eine ähnliche Stellung wie der Be-

I. Der Mitgewahrsam gleichberechtigter Personen.

Ein solches Mitgewahrsamsverhältnis wird begründet z. B. durch Übergabe einer Sache an mehrere Personen, die zusammen ein Geschäft betreiben. Demzufolge sprach das Reichsgericht in E. 3, 268/69 den Mitinhabern eines Bankgeschäfts den Mitgewahrsam an einem ihnen anvertrauten, in ihrem gemeinschaftlichen Besitze befindlichen Lose zu. Nach E. 11, 438 ff. hatten zwei Diebe, die gemeinschaftlich Weidenruten entwendeten und sie vorläufig versteckten, um sie später erst zu holen und zu teilen, den gemeinschaftlichen Gewahrsam an diesen Weiden.

Ob Eheleute an den in ihrer Wohnung befindlichen Gegenständen Mitgewahrsam haben, oder ob hinsichtlich einzelner Alleingewahrsam des einen oder andern Teiles besteht, ist nach den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen. „Hierbei ist — Recht 1904, S. 228 Nr. 1115 — die in den privatrechtlichen Vorschriften begründete Rechtsstellung der Ehefrau ohne Bedeutung. . . . Der tatsächlichen Stellung der Frau im gemeinschaftlichen Haushalt wird im allgemeinen die Annahme entsprechen, daß dieselbe als

sitzdiener oder der Gehilfe des § 855 B.G.B. ein, habe aber selbst keinen Gewahrsam. Ähnlich Bender S. 20/21, der zwar einen gleichberechtigten Mitgewahrsam anerkennt, demjenigen aber, der die tatsächliche Gewalt für einen andern ausübt — er nennt ihn „Gewahrsamsdiener“ —, wegen seiner vollständigen Unterordnung unter einen fremden Willen jeglichen Gewahrsam abspricht und damit die Möglichkeit eines untergeordneten Mitgewahrsams verneint. Vgl. hierzu auch Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 283, der bei der Bestrafung wegen Bruches eines Mitgewahrsams unterschieden haben will, ob derjenige, der die Sache aus dem Mitgewahrsam eines andern weggenommen hat, im konkreten Fall einen stärkeren Mitgewahrsam hatte. Denn dann wäre er nur wegen Unterschlagung zu bestrafen, während er bei umgekehrter Sachlage als Dieb zu behandeln sei.

Mitinhaberin der ehelichen Wohnung neben ihrem Ehemann . . . den Gewahrsam an den in der ehelichen Wohnung vorhandenen Gegenständen mindestens insoweit hat, als diese zum gemeinschaftlichen Gebrauche bestimmt sind.“ [1]

So hat das Reichsgericht in E. 4, 83 ff. die Annahme des Untergerichts gebilligt, daß der Gewahrsam an Leder, Gamaschen und Schuhen trotz Miteigentums der Eheleute an denselben — sie lebten in allgemeiner Gütergemeinschaft des Preußischen Allgemeinen Landrechts — lediglich dem Ehemann, der das Schusterhandwerk betrieb und zu diesem seinem Gewerbe die Sachen nötig hatte, zugestanden habe.

Ein Mitgewahrsam kann nach E. 5, 42 ff. auch dann eintreten, wenn der Vermieter eines Hauses oder einer Wohnung hinsichtlich des Hauses oder einzelner Teile desselben die eigene Mitbenützung oder das Recht sonstiger tatsächlicher Einwirkung auf das Mietobjekt sich vorbehält[2].

II. Der Mitgewahrsam verschieden berechtigter Personen.

Dieser kennzeichnet sich dadurch, daß die Mitgewahrsamsinhaber in der Weise einander über- bzw. untergeordnet sind, daß der eine bei der Ausübung seines Gewahrsams dem Willen des andern sich unterwirft und dessen Weisungen hierbei infolge seiner Unterordnung Folge zu leisten hat.

Ob ein solches Verhältnis vorliegt, oder ob nach den tatsächlichen Verhältnissen im einzelnen Fall nur der eine oder der andere Teil den Gewahrsam hat, ist auch hier davon abhängig, ob der eine durch den andern Gewahrsamsinhaber nicht gehindert ist, die tatsächliche Gewalt über die in Frage stehende Sache

[1] Siehe auch Bl. f. R. A. LXXVI, 394.

[2] Hinsichtlich des Gewahrsams an einer Mietsache unten Ziff. II, 3 S. 60 ff.

auszuüben. Ausschlaggebend ist also, ob diese Sache trotz des letzteren Gewahrsams noch immer nach der natürlichen Auffassung dem räumlichen Herrschaftsgebiet des ersteren unterstellt und damit der Ausübung dieser Verfügungsgewalt zugänglich geblieben ist[1].

Das Reichsgericht läßt, soweit es sich um diese Art von Mitgewahrsam handelt, in seinen Entscheidungen nur selten erkennen, ob es im gegebenen Fall einen Mitgewahrsem oder einen Alleingewahrsam annimmt.

Die Frage, ob Mitgewahrsam vorliegt, wirft sich, soweit seine Rechtsprechung in Frage kommt, in folgenden Fällen auf:

1. Dienst- und ähnliche Vertragsverhältnisse.

In prinzipieller Hinsicht erklärt das Reichsgericht in G. A. XLV, 281, daß darin noch nicht die Begründung eines ausschließlichen Gewahrsams gefunden werden könne, wenn Personen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu andern stehen, auf Grund dieses Sachen ihres Dienstherrn in die Hände erhalten und über diese im Sinne des letzteren verfügen, solange dieser in der Lage sei, seine Verfügungsgewalt weiter auszuüben, und diese tatsächlich auch nicht aufgeben wolle. Hieraus darf wohl gefolgert werden, daß das Reichsgericht hier einen untergeordneten Gewahrsam der Bediensteten anerkennt.

Deutlicher geht dies aus einer Entscheidung in D. J. Z. 1897, S. 450 Nr. 80 hervor. Diese hob ein Urteil auf, das eine Pflegerin einer Heilanstalt, die unter anderem die Verteilung der Speisen an die Insassen

[1] Übereinstimmend Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31; Frank S. 403 Ziff. IV a. E.; Micelli S. 77; Merkel in H. H. III, 639; letzterer hält für ausschlaggebend, ob bei dem Täter ein „exklusives, äußeres Verhältnis zur Sache“ bestehe, oder ob neben ihm der Wille eines andern eine unmittelbare Beziehung zur Sache festhalte, die durch die diebische Handlung erst habe beseitigt werden müssen.

zu besorgen hatte, wegen Unterschlagung bestrafte, weil diese sich unberechtigterweise einiges von den Speisen zugeeignet hatte. Denn, so führt das Reichsgericht aus, es sei nicht bedenkenfrei festgestellt, daß die Pflegerin den ausschließlichen Gewahrsam an den Speisen gehabt habe. Es sei im Gegenteil nach den Gründen des Urteils des Untergerichts wahrscheinlich, daß diese nur einen untergeordneten Gewahrsam ausgeübt habe, während der Anstaltsleitung der übergeordnete verblieben sei, ähnlich Dienstherrschaften gegenüber dem Gesinde.

Die Möglichkeit eines solchen Mitgewahrsams — allerdings sehr einschränkend — räumt es auch in J. W. 1903, S. 80 Nr. 28 bezüglich Arbeiter ein, die im Auftrage des Magistrats Bäume, die auf städtischem Boden standen, fällten. Der Gewahrsam des Magistrats selbst sei durch das Fällen der Bäume allein in keiner Weise geändert oder gar aufgehoben worden.

In R. 3, 711 ff. bejahte das Reichsgericht die Fortdauer des Gewahrsams der Dienstherrschaft an Bettwäsche, die diese ihrem Dienstboten zur Benützung in den Räumen der Herrschaft überlassen hatte; den gleichen Standpunkt vertritt es in R. 7, 302 ff. bezüglich des seitens des Arbeitgebers seinen Arbeitern zur Verarbeitung in seinen Räumen übergebenen Arbeitsmaterials.

Ob nun daneben in diesen beiden Fällen der Dienstbote bzw. die Arbeiter auch einen, wenn auch untergeordneten Mitgewahrsam haben, darüber spricht sich das Reichsgericht nicht aus.

Dagegen verneint es in E. 5, 180/1 jede Art von Gewahrsam eines Försters an dem seiner Aufsicht unterstellten Wald; lediglich seinem Dienstherrn stehe ein solcher zu, der diesem durch die Anstellung eines Försters nicht entzogen werde. Letzterer habe zwar die Obhut über den Wald, damit sei aber die Mög-

lichkeit des Dienstherrn, über diesen und seine Erzeugnisse unbeschränkt mit Ausschluß anderer zu verfügen, in keiner Weise beeinträchtigt. In gleicher Weise versagt E. 14, 305 ff. einem staatlichen Förster den Gewahrsam an Staatsforsten mit der Begründung, daß dieser nach einer auf ihn zutreffenden Geschäftsanweisung nur zu den Forstschutzbeamten, nicht zu den Forstverwaltungsbeamten zu zählen sei. Als solcher habe dieser ohne besondere Übergabe den Gewahrsam an dem seiner Aufsicht unterstellten Walde und dessen Erzeugnissen nicht[1].

Nun erscheint es durchaus richtig und auch der natürlichen Auffassung entsprechend, mit dem Reichsgericht anzunehmen, daß der Besitzer eines Waldes damit, daß er zu dessen Beaufsichtigung einen Förster anstellt, sich seines Gewahrsams nicht begibt. Aber letzterem unbedingt jeglichen Mitgewahrsam abzusprechen, ist doch wohl nicht angängig. Es kommt hier zwar auf die Verhältnisse des einzelnen Falles an, doch wird in der Regel, d. h. wenn die Umstände nicht besonders eigenartige sind, ein untergeordneter Gewahrsam des Försters in solchen Fällen anzuerkennen sein.

Ebenso erscheint es mir notwendig, bei sonstigen Dienst- und Arbeitsverhältnissen eine Gewahrsamsverteilung in der Art anzunehmen, daß der Arbeitnehmer die in Frage stehende Sache im engeren Gewahrsam hat, während der Dienstherr trotzdem den weiteren Gewahrsam behält[2]. Denn wenn auch der Dienstherr z. B. als Inhaber einer Räumlichkeit den

---

[1] Über die Frage, ob an einem Walde überhaupt Gewahrsam bestehen kann, vgl. Ziegner-Gnüchtel in Z. Str. W. VIII, 240 ff.

[2] A. A. Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 287; Harburger S. 201; Micelli S. 77, der den Gewahrsam der Dienstboten verneint, desgl. Ernst Ewald S. 47 ff.; Kapff S. 62/63. Anscheinend zustimmend Meyer S. 552/53. Nach Meyer-Allfeld S. 500

Gewahrsam an den darin aufbewahrten Gegenständen trotz der Einstellung eines Dienstboten behält, so ist doch anderseits zu berücksichtigen, daß der Dienstbote selbst durch seine Einstellung wenigstens in der Regel zu diesen Sachen in eine räumliche Beziehung tritt und damit die tatsächliche Möglichkeit erlangt, über dieselben zu verfügen und dadurch eine Gewalt über sie auszuüben. Der Wille seines Dienstherrn, auch fernerhin den ausschließlichen Gewahrsam an den fraglichen Sachen zu behalten, kann für sich allein, d. h. wenn nicht besondere Verhältnisse tatsächlicher Natur ihm hierbei zu Hilfe kommen, die Entstehung des Mitgewahrsams seines Dienstboten nicht hindern.

2. Angestellte im Betriebe eines Handelsgewerbes.

In E. 2, 1 ff.; 21, 16 ff.; 30, 88 ff. wird der Satz ausgesprochen, daß die Anstellung derartiger Hilfspersonen und ihre Beschäftigung in den Verkaufsräumen auf seiten des Dienstherrn keinen Einfluß auf den Gewahrsam habe, den dieser an seinen Warenvorräten und an dem aus dem Verkauf erlösten Gelde vor ihrer Einstellung hatte. Der Umstand, daß die Angestellten z. B. bei Abwesenheit des Geschäftsherrn „den Sachen näher und zu einer Einwirkung auf sie leichter imstande“ seien als dieser, berühre den Fortbestand seines Gewahrsams nicht, da ihm ja die Möglichkeit jederzeitiger Kontrolle geblieben sei (so insbesondere E. 30, 88 ff.).

Den gleichen Standpunkt vertritt auch die Entscheidung im Recht 1904, S. 340 Nr. 1601. Dieser zu-

---

Anm. 31 ist es Frage des einzelnen Falles, ob der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Weiter zustimmend Hans Ewald S. 27 und Widmann-Laemmert S. 47/48, der mit Recht hervorhebt, daß für die Entscheidung der Frage, ob Mitgewahrsam vorliegt oder nicht, es nicht lediglich auf den Willen des Besitzherrn und auf die aus diesem Willen für den Dienstboten etc. entspringende Berechtigung ankomme, sondern vielmehr darauf, ob beim Herrn und Diener sowohl der Wille als auch die tatsächliche Verfügungsgewalt vorliege.

folge hat ein Geschäftsherr als Inhaber eines Ladenlokals nur dann den Gewahrsam an den darin befindlichen Waren nicht mehr, wenn „ein Dritter an einzelnen derselben vermöge besonderer Verhältnisse zu ihnen eine den Inhaber der Räumlichkeit zurückdrängende Macht ausübt".

Auch diese Entscheidungen bestätigen nur die Fortdauer des Gewahrsams des Geschäftsherrn, sprechen sich aber nicht darüber aus, in welchem Verhältnis die Angestellten zu den Waren ihres Prinzipals stehen, möglicherweise deswegen, weil es für die rechtliche Beurteilung dieser Fälle unerheblich war, ob man annahm, daß die entwendeten Sachen sich im ausschließlichen Gewahrsam oder nur im Mitgewahrsam des Verletzten sich befanden.

Der Wortlaut der Entscheidung in E. 2, 1 ff. scheint allerdings darauf hinzudeuten, daß das Reichsgericht dem Geschäftsinhaber den alleinigen Gewahrsam in solchen Fällen zusprechen will, eine Annahme, die durch die Entscheidung im Sächs. Arch. VII, 182/83 unterstützt wird, da dort das Reichsgericht den Gewahrsam einer Verkäuferin an den Waren und dem in der Ladenkasse befindlichen Gelde ausdrücklich verneint.

Die Möglichkeit des Bestehens eines untergeordneten Mitgewahrsams ist jedoch in diesen Fällen auch nach den vom Reichsgericht für den Gewahrsamsbegriff aufgestellten Voraussetzungen wohl unbedenklich zu bejahen[1]. Denn der Angestellte ist infolge des physischen Näheverhältnisses zur Sache, in das er durch das Dienstverhältnis getreten ist, im gegebenen Fall imstande und wohl auch willens, die tatsächliche Gewalt über die Warenvorräte seines Herrn auszuüben,

[1] Zustimmend Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31; Frank S. 403 Note IV a. E.; Widmann-Laemmert S. 50/51; Eckardt S. 28; dagegen verneinen den Mitgewahrsam z. B. Micelli S. 79; Ernst Ewald S. 51; Kapff S. 65.

allerdings nur in beschränktem Umfang, den er nicht überschreiten darf, um nicht den übergeordneten Gewahrsam seines Dienstherrn zu verletzen.

Zu dieser Gruppe gehört auch noch der in J.W. 1912, S. 421/22 Nr. 21 dargelegte, allerdings etwas anders gestaltete Fall. Dort gehörte es zu den Obliegenheiten eines Verkäufers, die Waren nicht nur den im Laden erscheinenden Kunden vorzulegen, sondern diese auch in deren Wohnung zum Zwecke des Anbietens zum Kaufe zu tragen. Das Reichsgericht erklärte, daß auch bei dieser Sachlage der Gewahrsam des Geschäftsinhabers an den in die Häuser getragenen Sachen noch nicht unbedingt erloschen sei, solange der Angestellte die Verfügungsgewalt über die Waren, etwa durch Zurücklassung derselben bei den Kunden, noch nicht verloren habe. Der Gewahrsam des Prinzipals sei allerdings in einem derartigen Fall „insoweit eingeschränkt, als der Angestellte, um die Sachen den Kunden zuzutragen, einer gewissen tatsächlichen Verfügungsgewalt über sie bedürfe". Hier anerkennt es also anscheinend einen untergeordneten Gewahrsam des Angestellten wenigstens für die Zeit, da er sich mit den Waren außerhalb des Ladenlokals befindet.

3. Mietverhältnisse.

Die Art der Gewahrsamsverteilung zwischen Mieter und Vermieter wird, namentlich auch in der Literatur[1], verschieden beantwortet.

a) Von den in dieser Hinsicht ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen mögen zuerst diejenigen aufgeführt werden, die von dem Gewahrsam des Mieters

[1] Vgl. insbesondere v. Liszt S. 426; Binding I, S. 290; Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31; Berner S. 545; Olshausen S. 960 Note 19; Frank S. 403 Note IV; Meyer S. 553; Micelli S. 80; Kapff S. 61/62; Ernst Ewald S. 53; Widmann-Laemmert S. 54ff.

an den in den Mieträumen befindlichen Sachen des Vermieters handeln.

Nach R. 2, 184 ff. nahm der Angeklagte, der zusammen mit der Mitangeklagten R. ein von dieser bei G. gemietetes Zimmer bewohnte, beim Verlassen desselben aus den ihnen zum Gebrauch überlassenen Betten etwa zehn Pfund Federn mit. Hierin erblickte das Reichsgericht nur den Tatbestand einer Unterschlagung bzw. der Teilnahme daran, weil die R. als Mieterin nach dem allgemeinen Landrecht das Recht auf Überlassung der Mieträume samt ihres Mobiliars und durch die faktische Überlassung die ausschließliche Verfügungsgewalt während der Mietsdauer über diese gehabt habe.

In gleicher Weise entscheidet es einen ganz ähnlichen Fall in E. 3, 358 ff. und verwirft somit auch hier die Annahme des Fortbestandes des Gewahrsams[1] auf seiten des Vermieters. Ein solcher wäre nach diesem Urteil nur dann anzunehmen, wenn dem Angeklagten lediglich eine Schlafstelle von der Vermieterin in einem von ihr selbst benützten Raume eingeräumt gewesen wäre.

In diesen beiden Entscheidungen ist die Annahme, daß der Vermieter an den ihm gehörigen, in den vermieteten Räumen befindlichen Sachen verloren habe, auf die Tatsache des Vermietens und die daraus für den Mieter entspringenden Rechte an der Mietsache gestützt. Diese beiden Punkte können jedoch nicht immer und unbedingt den Gewahrsamsverlust des Vermieters herbeiführen. Derselbe wird z. B. fortbestehen,

---

[1] Zustimmend Binding I, S. 290 und Anm. 1 daselbst und Eckardt S. 28/29; dagegen Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31, der hier und in R. 2, 184 ff. Mitgewahrsam annimmt; Meyer S. 553. Ähnlich v. Liszt S. 426, der bei der Miete eines nicht völlig abgesonderten möblierten Zimmers Mitgewahrsam zwischen Mieter und Vermieter für vorliegend erachtet.

wenn dem Vermieter der Zutritt zu den vermieteten Räumen, wenn auch nicht uneingeschränkt und jederzeit, z. B. beim täglichen Reinemachen derselben, verblieben ist[1]. Einen ausschließlichen Gewahrsam des Mieters anzunehmen, erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn dem Vermieter der Zutritt nicht mehr offensteht. Nur wenn dies in den genannten Entscheidungen tatsächlich der Fall war — aus den mitgeteilten Gründen ist dies nicht mit Bestimmtheit zu ersehen —, erscheint mir die Annahme einer Unterschlagung begründet[2].

Die Notwendigkeit der Berücksichtigung dieser tatsächlichen Momente bei der Beantwortung der Frage, ob nur der Mieter oder außer und neben ihm auch der Vermieter auf die Mietsache einzuwirken imstande ist, betont J. W. 1908, S. 163 Nr. 27. Darnach ist zu diesem Zwecke zu untersuchen, „ob der Vermieter ... seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache vollständig aufgegeben hat oder nicht, ob sonach die rein tatsächliche Beherrschung der Sache, deren Gebrauch er dem Mieter zu gewähren hat, ganz auf diesen übergegangen ist, oder ob sie wenigstens zum Teil dem Vermieter verblieben ist."

Der Mitgewahrsam kann nach diesem Urteil auf rechtlicher Grundlage, z. B. auf einem in dem Mietvertrag vorbehaltenen Mitbenützungsrecht beruhen; er kann aber auch in den im einzelnen Falle obwaltenden tatsächlichen Verhältnissen seinen Grund haben. Ein

[1] Ebenso Meyer-Allfeld S. 500 Anm. 31; Springer im Sächs. Arch. II, 314/15; Frank S. 403 Note IV a. E.; Olshausen S. 960 Note 19 d; Widmann-Laemmert S. 54/55; a. A. Eckardt S. 28/29.

[2] Vgl. Erkenntnis des preußischen Appellationsgerichts vom 2. Mai 1871 (Stenglein I, 135/36), wo der Mieter den Schlüssel zu dem vermieteten Zimmer hatte, so daß dasselbe dem Vermieter nicht mehr zugänglich war. Hier wurde meines Erachtens der Alleingewahrsam des Mieters mit Recht bejaht.

solcher Mitgewahrsam des Vermieters an den in den Mieträumen befindlichen Ausstattungs- und Gebrauchsgegenständen wäre namentlich dann anzunehmen, wenn die letzteren vom Vermieter allein oder nur auch mitbenützt würden, wenn die Räume zur eigenen Wohnung des Vermieters gehörten und von ihm überwacht würden, oder wenn sie ihm jederzeit frei zugänglich wären.

Eine andere Beurteilung als die Vermietung einzelner Räume erheischt die Vermietung eines ganzen Hauses oder eines selbständigen, in sich abgeschlossenen Gebäudeteiles. Hier ist im Zweifel, d. h. wenn besondere Umstände nicht das Gegenteil bezeugen, anzunehmen, daß mit der Einräumung des aus dem Mietvertrag folgenden Gebrauchsrechts auch der ausschließliche Gewahrsam an dem Mietobjekt auf den Mieter übergeht. So hat denn auch das Reichsgericht in E. 5, 42 ff. mangels anderweitiger Verabredung dem Mieter eines Hauses den alleinigen Gewahrsam an den zur Bodenbedeckung verwendeten Brettern zugesprochen und in dem rechtswidrigen Verbrauch derselben seitens des letzteren in seinem Geschäfte eine Unterschlagung erblickt.

b) Während die bisher aufgeführten Urteile von den Gewahrsamsverhältnissen an den in den vermieteten Räumen befindlichen Sachen des Vermieters handeln, befassen sich die nachgenannten Entscheidungen auch mit der Frage, ob und welche Veränderungen hinsichtlich des Gewahrsams das Einbringen von Sachen des Mieters in die Mieträume zur Folge hat[1].

In sämtlichen Entscheidungen, die in dieser Richtung Ausführungen machen, — es sind dies E. 3, 58 ff. 10, 321 ff. und 15, 434 ff. — wird ausgesprochen, daß

[1] Über die Art der Beziehung, in welche der Vermieter zu den eingebrachten Sachen des Mieters tritt, siehe unten § 10, S. 79 ff.

der Mieter durch das bloße Einbringen seiner Sachen in die gemieteten Räume seinen Gewahrsam daran nicht aufgibt, daß dieser ihm vielmehr verbleibt, und daß der Vermieter ebensowenig durch diesen Umstand allein seinerseits Gewahrsam daran erwirbt. Das Einbringen an sich soll also noch keine Änderung an den bisherigen Gewahrsamsverhältnissen herbeiführen.

Diese Ansicht des Reichsgerichts — es handelt sich anscheinend in diesen Urteilen um die Miete von vollständig in sich abgeschlossenen Wohnungen — mag man durchaus billigen. Anders wäre jedoch die Gewahrsamsfrage zu entscheiden, wenn es sich um Räume handelte, die selbst wieder Teile der Wohnung des Vermieters waren. In diesem Fall wäre meines Erachtens nach dem oben Dargelegten die Annahme eines Mitgewahrsamsverhältnisses zwischen Mieter und Vermieter in der Weise geboten, daß dem ersteren der übergeordnete, dem letzteren der untergeordnete Gewahrsam zukäme.

c) Schließlich wirft sich bei einem Mietverhältnis noch die Frage auf: Wer hat den Gewahrsam an den Mieträumen selbst?

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung — J. W. 1891, S. 501 Nr. 19 — die Frage kurz gestreift und in dem dort allerdings besonders gearteten Falle den Gewahrsam dem Vermieter zugesprochen. Nach jenem Urteile hatten nämlich Arbeiter bei ihrem Arbeitgeber Wohnung erhalten, und zwar, wie die Umstände ergeben, nur zu dem Zwecke, den Arbeitern als Schlafstätte und Aufbewahrungsort ihrer Kleidung und Wäsche, auch als Aufenthaltsort während ihrer freien Zeit zu dienen. Aus diesem beschränkten Benützungsrecht des in Frage stehenden Raumes folgert das Reichsgericht, daß sowohl dieser als die darin befindlichen Sachen der Arbeiter im alleinigen Gewahrsam ihres Arbeitgebers sich befunden hätten.

Dieses Urteil übersieht meines Erachtens, daß trotz der beschränkten Benützung des fraglichen Raumes seitens der Arbeiter diesen doch eine Einwirkungsmöglichkeit auf diesen und auf die darin aufbewahrten Sachen, wie sie der Gewahrsamsbegriff erfordert, gegeben war, zum mindesten während der Zeit, da sie sich in dem Raume aufhielten. Die Annahme eines Mitgewahrsams derselben erscheint daher begründet.

4. Niederlegung bzw. Zurücklassung von Sachen in fremden Räumlichkeiten.

Nach der bereits oben S. 26/27 erwähnten Entscheidung in E. 2, 64/65 hatte ein Dienstknecht in einer früher von ihm, nunmehr von dem Angeklagten bewohnten Kammer einen Koffer zurückgelassen, ohne ihn dem letzteren indessen zur Aufbewahrung übergeben zu haben. Der Dienstknecht war hin und wieder in die Kammer gekommen, um nach seinem Koffer zu sehen, und um sich Sachen aus demselben zu holen oder in ihn zu legen. Dorthin konnte er jederzeit ungehindert gelangen, da der Zugang zur Kammer nicht verschlossen war.

In diesem Fall billigte das Reichsgericht die Annahme des Untergerichts, daß der Knecht den Gewahrsam an dem Koffer nicht verloren habe.

Diese Ansicht mag man gutheißen, wenn damit nicht ausgesprochen werden soll, daß der Dienstknecht den ausschließlichen Gewahrsam hatte[1], wie dies in der eben erwähnten Entscheidung in J. W. 1891, S. 501 Nr. 19 geschieht, welche den Arbeitern den Mitgewahrsam in dem von ihnen benützten Schlaf- und Aufenthaltsraum zurückgelassenen Schuhen abspricht.

[1] Ebenso Widmann-Laemmert S. 52.

Zweiter Teil.

Der Gewahrsam als Tatbestandsmerkmal in sonstigen Bestimmungen des R.St.G.B.

§ 7.

Der Gewahrsam in den §§ 133, 348 Abs. 2, 349 R.St.G.B.

Diese drei Strafbestimmungen setzen als gemeinsames Tatbestandsmerkmal den „amtlichen Gewahrsam“ oder, wie ihn Binding[1] nennt, den „staatlichen Aufbewahrungsbesitz“ an einer beweglichen Sache voraus und stehen auch insofern miteinander in engerer Verwandtschaft, als sie unter anderem namentlich das „Beiseiteschaffen“, also das Entziehen einer Sache aus dieser amtlichen Verfügungsgewalt bestrafen.

1. Über den Begriff dieses Gewahrsams spricht sich das Reichsgericht in R. 2, 531 ff., insbesondere mit Bezug auf § 133 R.St.G.B., dahin aus, daß dieses Vergehen an einem Gegenstande möglich sei, „welcher sich entweder nach der Art seiner Aufbewahrung oder nach der Art der darüber getroffenen Verfügung im unmittelbaren oder doch mittelbaren Gewahrsam von Organen der Staatsgewalt befindet. Beide Begriffe sind aber nicht abhängig von einer allzeit äußerlich erkennbaren körperlichen Verfügungs-

[1] II. Bd., 2. Tl., S. 599; vgl. auch Kitzinger S. 463.

gewalt der Behörde oder des Dritten über die aufbewahrten oder übergebenen Gegenstände, vielmehr ist davon auszugehen, daß die amtliche Übergabe ebenso wie die amtliche Aufbewahrung dem davon betroffenen Gegenstande eine Eigenschaft verleiht, welche . . . dem Gegenstande den besonderen Schutz des Gesetzes sichert bis zu dem Zeitpunkte, wo durch Erfüllung der der Sache innewohnenden Zweckbestimmung oder durch eine anderweite amtliche Verfügung diese Eigenschaft wieder beseitigt wird“ [1].

2. Der Erwerb des Gewahrsams kann sich hier vollziehen durch Übergabe der Sache, nach §§ 348 Abs. 2, 349 namentlich auch durch amtliches Anvertrauen oder Zugänglichmachen. Unter ersterem Begriff ist die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über eine Sache zu verstehen, die seitens des Einräumenden im Vertrauen darauf geschieht, der neue Gewahrsamsinhaber werde davon nur in seinem Sinne Gebrauch machen[2]. Eine „amtliche Zugänglichkeit“ ist dann gegeben, wenn dem betreffenden Beamten die von ihm eingenommene amtliche Stellung es ermöglicht, zu den im einzelnen

[1] Vgl. hierzu unten S. 69 Anm. 1.

[2] So E. 4, 386 ff.; 11, 85/86; 29, 238 ff.; J. W. 1889, S. 340 Nr. 48 — A. A. Binding II. Bd., 1. Tl., S. 270 u. Anm. 3 daselbst; er verneint, daß das Anvertrauen auf seiten des Empfängers die Pflicht im Gefolge habe, die tatsächliche Verfügungsgewalt nur im Sinne des Einräumenden zu gebrauchen; für diesen entstehe vielmehr dadurch die Amtspflicht der Aufbewahrung, auf Grund welcher er im gegebenen Fall vielleicht die Herausgabe verweigern müsse, wenn auch der Anvertrauende sie begehre. Mit dem Reichsgericht übereinstimmend die gemeine Meinung. Frank (S. 583 Note II, 2) stellt den Ausdruck „amtlich anvertraut“ dem „in amtlicher Eigenschaft empfangen“ gleich. Oppenhoff (S. 862 Note 14) hält den Begriff für erfüllt, sobald der Beamte den Gewahrsam erlangt habe, ohne Rücksicht darauf, ob dies die Folge eines auf ihn gesetzten Vertrauens sei; ähnlich Hälschner II. Bd., 2. Tl., S. 1061.

Fall in Betracht kommenden Gegenständen zu gelangen[1].

Demgemäß waren nach Ansicht des Reichsgerichts — E, 29, 238 ff. — einem Ratsdiener die Briefschaften, die er für seine Auftraggeberin, eine Stadtverwaltung, teils von der Post abholen, teils zu dieser bringen mußte, anvertraut, und zwar trotzdem — wie es ausdrücklich hervorhebt — die Briefe diesem jeweils in einer verschlossenen Mappe übergeben wurden.

Dagegen unterscheidet es in einem ähnlichen Fall — E. 8, 196 ff. — bezüglich der Gewahrsamsfrage zwischen Briefhülle und Briefinhalt; es handelt sich um einen dienstlich verschlossenen Umschlag, in welchem sich Verzeichnisse von unbestellbaren Briefen befanden. Hier war nach dem Reichsgericht dem Postbeamten, der widerrechtlich den Brief an sich nahm und zerriß, die Möglichkeit geboten, über die Sendung zu verfügen, und daher der Briefumschlag amtlich zugänglich. Doch aus dieser Möglichkeit, über die ganze Sendung, d. h. Briefhülle und -inhalt, zu verfügen, dürfe noch nicht gefolgert werden, daß auch der Briefinhalt ihm „amtlich anvertraut oder zugänglich“ gewesen sei[2].

Der Erwerb des amtlichen Gewahrsams kann sich auch ohne Kenntnis des Erwerbers vollziehen. So führt E. 22, 204 ff.[3] für den Fall aus, daß ein Brief oder eine sonstige Postsendung in einen Briefkasten

---

[1] So E. 17, 103 ff.; 32, 265 ff.; G. A. XLI, 276. — Ähnlich Rüdorff S. 739 Note 16; Frank S. 583 Note II, 2; Olshausen S. 1399 Note 14 c.

[2] Mit dieser Entscheidung übereinstimmend Binding II. Bd. 1. Tl., S. 270 Anm. 3, der die gleiche Unterscheidung zwischen Inhalt und Hülle in der vorerwähnten — E. 29, 238 ff. — gemacht haben will.

[3] Zustimmend Olshausen S. 545; Frank S. 254 Note I, 1; Beling in Z. Str. W. XVIII, 282/83; a. A. Binding II. Bd., 2. Tl., S. 602 Note 2.

der Postverwaltung gelegt werde: der Briefkasten sei als ein zur amtlichen Aufbewahrung bestimmter Ort zu betrachten und diene als Ersatz für die persönliche Entgegennahme der Sendungen durch einen Beamten. Mit der Benützung des Briefkastens durch Einwerfen trete die amtliche Aufbewahrung ins Leben ohne Rücksicht darauf, ob und wann die zuständigen Beamten davon Kenntnis erhielten.

3. Fortdauer des amtlichen Gewahrsams.

Zu seiner Erhaltung ist, da der Gewahrsamsbegriff im Gegensatz zu dem der §§ 242, 246 R.St.G.B. ein sehr weitgehender ist (vgl. oben Ziff. 1)[1], eine sehr lose Beziehung zwischen der Gewahrsamssache und ihrem Inhaber genügend. Daher ist nach E. 10, 387 ff. darin noch nicht die Aufgabe des Gewahrsams zu erblicken, wenn ein Gemeindediener im Auftrage der Ortsschulbehörde einem Dritten eine Urkunde zur Kenntnisnahme und Rückgabe nach Unterzeichnung derselben ausfolgte, um so weniger, als der Diener während der ganzen Zeit, da der Dritte die Urkunde in Händen hatte, dabei stehen blieb[2]. Eine weitere Ausdehnung findet der Gewahrsamsbegriff in E. 19, 319/20. Hier hatte ein Deichhauptmann eine Beschwerdeschrift dem Angeklagten übersandt, damit dieser sich darauf äußere

---

[1] Gegen diese Auslegung des amtlichen Gewahrsams und seiner Fortdauer Hälschner II. Bd., 2. Tl., S. 839/40; Binding II. Bd., 2. Tl., S. 602; Merkel S. 358 Anm. 4; Oppenhoff S. 338 Note 6; Rüdorff S. 342 Note 5; Frank S. 254 Note I, 1; Olshausen S. 544/45 Note 3; Seeliger S. 30 ff., 40 ff.; letzterer mit der Begründung, daß mit dem Verlust der körperlichen Verfügungsgewalt kein amtlicher Gewahrsam an der Sache fortbestehen könne. Denn der Begriff des amtlichen Gewahrsams sei kein anderer als der in den §§ 242, 246, da es im R.St.G.B. nur einen Gewahrsam gebe, der in allen Strafbestimmungen denselben Inhalt habe (S. 12 ff., insbes. S. 15 ff.).

[2] Ebenso E. 12, 67/68; 22, 204 ff.; 43, 246 ff.; R. 2, 531 ff.; 6, 426 ff. (bes. 432/33).

und dann das Schreiben zusammen mit seiner Antwort auf dasselbe, wie der Deichhauptmann ausdrücklich bei der Übersendung es verlangt hatte, zurückgebe. Das Reichsgericht billigte in diesem Fall die Annahme des Untergerichts, daß hier der Gewahrsam des Deichhauptmanns an der Beschwerdeschrift durch deren Übersendung an den Angeklagten keine Unterbrechung erlitten habe.

Im Recht 1908, Beil.-Bd. Sp. 385 Nr. 2265 erklärte es auch den Umstand, daß zu dem Platze, wo die in amtlicher Verwahrung befindliche Sache lagerte, jedermann Zutritt hatte, für den Fortbestand des Gewahrsams für einflußlos.

Ja, der Gewahrsam dauert sogar unverändert als amtlicher fort, wenn diejenige Person, die ihn bisher ausgeübt hat, die Beamteneigenschaft verliert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die in amtlichem Gewahrsam befindlichen Gegenstände in den Amtsräumen des nunmehr seines Amtes enthobenen Beamten oder in dessen Privatwohnung verwahrt werden (E. 28, 107/8). Der besondere Schutz, den das Gesetz einem in amtliche Aufbewahrung gelangten Gegenstande gewährt, wird, wie das Reichsgericht hier darlegt, erst dann aufgehoben, wenn der Zweck, für den der Gegenstand bestimmt ist, erfüllt oder wenn über letzteren anderweitig verfügt ist[1].

Ebensowenig wie die Amtsentsetzung beseitigt der Tod des Beamten den amtlichen Gewahrsam (E. 28, 108).

4. Übergang des amtlichen Gewahrsams.

Aus den vorerwähnten Entscheidungen, welche trotz Überlassung der Sache an einen Dritten die

[1] Ebenso Binding II. Bd., 1. Tl., S. 270 Anm. 4 u. S. 302: er sieht den Hauptgrund für die Fortdauer darin, daß die Amtspflicht nicht immer zugleich mit dem innegehabten Amte endige; ferner Olshausen S. 542 Note 3; Seeliger S. 39.

Fortdauer des amtlichen Gewahrsams feststellen, darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, als sei das in allen Fällen so. Bei der Beantwortung der Frage nach der Fortdauer im einzelnen Fall sind vielmehr vor allem die Umstände, unter denen die Überlassung erfolgte, und der etwa seitens des überlassenden Beamten dabei geäußerte Wille zu berücksichtigen. In manchen Fällen wird es gar nicht der Wille des Beamten sein, die Verfügungsgewalt an der einem Dritten übergebenen Sache sich vorzubehalten.

So hat denn auch E. 35, 28 ff. eine Ehefrau, welche eine Ladung ihres Mannes vor das Vormundschaftsgericht in dessen Abwesenheit durch den Zustellungsbeamten ausgehändigt erhielt, dieselbe aber, ohne ihrem Mann davon Kenntnis gegeben zu haben, vernichtete, nicht für strafbar nach § 133 R.St.G.B. erklärt. Denn mit jeder Zustellung würden die zugestellten Urkunden den Adressaten bzw. denjenigen, an welche die Ersatzzustellung erfolge, zur ausschließlichen Verfügung überlassen; die zustellende Behörde habe dabei den Willen, sich ihres Gewahrsams an dem betreffenden Schriftstück zu entledigen. Daher habe auch hier die amtliche Verfügungsgewalt mit der Übergabe der Ladung an die Ehefrau geendigt, und diese konnte sich durch die Vernichtung dieses Schriftstücks keiner Verletzung derselben schuldig machen.

5. Verlust des Gewahrsams.

Dieser tritt, abgesehen von dem eben erwähnten freiwilligen Aufgeben, durch Beiseiteschaffen aus dem ordnungsmäßigen Aufbewahrungsorte der Sache ein. Unter diesem „Beiseiteschaffen“ ist nach E. 12, 67/68 „jede vorsätzliche, unberechtigte Handlung zu verstehen, durch welche eine Sache dem Berechtigten unzugänglich gemacht wird“[1]. Im Regelfall wird

[1] Ähnlich Bl. f. R. A. LXXI, 152; vgl. auch z. B. Olshausen S. 1399 Note 15 a; Frank S. 255 Note II, 2; Berner S. 401.

dieses „Unzugänglichmachen“ in der Weise sich vollziehen, daß die im amtlichen Gewahrsam befindliche Sache von ihrem bisherigen Aufbewahrungsort entfernt und durch diese Ortsveränderung der Verfügungsmöglichkeit des bisherigen Gewahrsamsinhabers entzogen wird[1] (vgl. E. 2, 425 ff., 10, 189 ff.). In letztgenannter Entscheidung wurde demgemäß der Tatbestand des § 348 Abs. 2 R.St.G.B. für den Fall verneint, in welchem der Angeklagte eine mit einer Nachnahme belastete Eilgutfrachtkarte von andern gleichzeitig mit dieser eingelaufenen Karten ausschied, in seinen Bureautisch legte und mehrere Tage lang ihren Einlauf in das hierfür bestimmte Verzeichnis einzutragen unterließ, ja sogar diesen einem Visitationsbeamten gegenüber in Abrede stellte. Denn — so begründet das Reichsgericht seine Ansicht auf Grund der Feststellung der Strafkammer, daß keine Dienstvorschrift der Aufbewahrung dieser Karte im Schreibtisch des Angeklagten entgegenstand[2] — durch die anderweitige geschäftliche Behandlung der Karte sei diese zwar an einem andern Ort als die übrigen verwahrt worden, sie habe sich aber trotzdem noch in den Geschäftsräumen der Eisenbahn und damit an einem dienstlicherseits statthaften Aufbewahrungsort befunden. Die Verzögerung der Eintragung in das Verzeichnis stehe in keinerlei Beziehung zum Erfordernis des Beiseiteschaffens, da dieses eine räumliche Entfernung von dem vorgeschriebenen Aufbewahrungsorte verlange, und auch das bloße Verheimlichen erfülle nicht jenen Begriff[3].

[1] Ähnlich Erkenntnis des sächsischen Ober-Appellationsgerichts vom 19. Juni 1874 (Stenglein IV, 203/4).

[2] Dagegen wäre wohl dann ein Gewahrsamsbruch zu bejahen gewesen, wenn der Schreibtisch des Beamten ausschließlich zur Aufbewahrung von Privatsachen gedient hätte; vgl. hierzu noch Erkenntnis des sächsischen Ober-Appellationsgerichts vom 13. März 1876 (Stenglein VI, 219/20).

[3] Ebenso E. 25, 127 ff., insbes. 133.

Letzterer Satz, wonach ein bloßes Verheimlichen den Bruch des amtlichen Gewahrsams nicht zur unbedingten Folge hat, gilt jedoch dann nicht mehr, wenn eine Rechtspflicht zur Angabe des Verwahrungsortes besteht. Einer strafbaren Unterlassung dieser Pflicht machte sich nach E. 12, 247 ff. der Angeklagte schuldig, der eine Anzahl Aktenstücke, die er in seiner Eigenschaft als Registraturverwalter hätte versenden sollen, zurückbehielt, in seinem Bureaupulte verwahrte und sie auch dann, als er seines Postens enthoben worden war, seinem Nachfolger nicht herausgab, sondern sie weiter in seinem Pulte beließ. Das Reichsgericht nahm an, daß nunmehr — der Angeklagte war nach der Enthebung seines früheren Postens bei der gleichen Behörde als Schreiber beschäftigt — die fraglichen Aktenstücke sich an einem Orte befanden, an welchem die Behörde sie nicht vermuten konnte, und daß sie damit dieser unzugänglich und ihrer Verfügung entzogen waren.

Wie diese Entscheidung zeigt, ist für die zur Erfüllung des Begriffs „Beiseiteschaffen“ nötige räumliche Entfernung[1] der Gewahrsamssache von ihrem bisherigen Aufbewahrungsorte nicht die Entfernung aus dem Amtslokal nötig. Der Verlust des amtlichen Gewahrsams kann auch eintreten, wenn die Sache in demselben Raume verbleibt, z. B. „durch Verstecken, insbesondere auch durch Verfächern von Schriftstücken, innerhalb des zur ordnungsmäßigen Aufbewahrung be-

---

[1] Eine Ortsveränderung für diesen Begriff verlangen Frank S. 255 Note VI, 1; Olshausen S. 546 Nr. 5; Binding II. Bd., 1. Tl., S. 302 u. 2. Tl., S. 603, der im übrigen, gleich Hälschner II. Bd., 2. Tl., S. 561 Anm. 3, ihn dem Begriffe des „Unterdrückens“ im Sinne von §§ 274 Ziff. 1, 354, 355 R.St.G.B. gleichstellt. Dagegen halten dieselbe für überflüssig: v. Liszt S. 570 Anm. 3 i. V. mit S. 461 Note 8; Oppenhoff S. 338 Note 8; Rüdorff S. 342 Note 7; Seeliger S. 70; Meyer S. 660.

stimmten Lokals“ (E. 22, 242/43), überhaupt wenn auf irgend eine Weise der Verfügungsmöglichkeit der Behörde ein Hindernis bereitet wird[1]. Denn wesentlich ist nach J. W. 1891, S. 52 Nr. 36 nur „die rechtswidrige örtliche Trennung oder Absonderung der Urkunde aus ihrer legalen Umgebung bzw. dem ihr amtlich zugewiesenen Gewahrsam dergestalt, daß sie für den Berechtigten unzugänglich wird, während es gleichgültig ist, ob diese Trennung sich vollzieht durch eine Translokation der Urkunde selbst oder durch eine im legitimen Aufbewahrungsort sich vollziehende räumliche Veränderung“.

Nach dem Vorstehenden läßt sich der amtliche Gewahrsam, im allgemeinen dem Gewahrsam der §§ 242, 246 R. St. G. B. entsprechend, als faktische Herrschaftsgewalt über eine Sache, ausgeübt von einer Behörde, bzw. einem einzelnen Beamten ansprechen. Doch bedarf er zu seiner Erhaltung im Gegensatz zu den genannten Bestimmungen nicht einer derart engen räumlichen Beziehung des Gewahrsamsinhabers zur Sache. Insbesondere verlangt er nicht ein solches physisches Näheverhältnis, daß eine unmittelbare und ununterbrochen fortdauernde tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache seitens der Behörde oder des Beamten möglich ist. Es genügt vielmehr zu seiner Wahrung, wenn nach den im konkreten Fall gegebenen Verhältnissen die Möglichkeit tatsächlicher Einwirkung auf sie nicht verneint werden muß.

§ 8.

Der Gewahrsam in § 137 R.St.G.B.

Die im Wege einer Pfändung oder einer Beschlagnahme erfolgte Verstrickung, deren Schutz der § 137

[1] So E. 26, 413 ff.; Recht 1903, S. 558 Nr. 2894; 1909, Beil.-Bd. Nr. 2079; Warn. 1909, S. 124 Ziff. 2 a; ähnlich Erkenntnis des

R.St.G.B. bezweckt, kann den Gewahrsam an dem verstrickten Gegenstand dem bisherigen Inhaber belassen; denn zu ihrem Vollzug ist an sich nur die Erlangung der Herrschaftsgewalt des Staates bzw. seiner Organe über denselben, also die Schaffung eines Machtverhältnisses Voraussetzung, welches zu seiner praktischen Betätigung eines Gewahrsamserwerbes an der beherrschten Sache nicht bedarf. Sie kann aber auch den Übergang der tatsächlichen Innehabung von dem bisherigen Besitzer auf den die Beschlagnahme ausführenden Beamten zur Folge haben. Nur in diesem letzteren Fall ist die in Beschlag genommene Sache der tatsächlichen Herrschaft der betreffenden Behörde bzw. deren Organe unterstellt, während im erstgenannten Fall der Gewahrsam des bisherigen Inhabers durch die Beschlagnahme keine Änderung erfährt.

Der durch die Verstrickung und durch die zum Vollzug derselben erfolgende Wegnahme geschaffene Gewahrsam kann seiner Natur nach gleich dem sein, wie ihn Diebstahl und Unterschlagung voraussetzen. Dies zeigt die Entscheidung in E 2, 318 ff. Hier hatte der Angeklagte, der beim Holzdiebstahl von einem Gendarmen ertappt worden war, das von ihm entwendete Holz, das der Gendarm beschlagnahmt und in dem Hofe des Dorfschulzen niedergelegt hatte, von dort weggeholt. Hierwegen wurde er lediglich nach § 137, nicht auch nach § 242 R.St.G.B. bestraft, weil er das Holz wieder weggenommen habe nicht in der Absicht, sich damit die Möglichkeit zu verschaffen, über dieses als Eigentümer zu verfügen, sondern weil er nur damit das Hindernis der Beschlagnahme habe beseitigen wollen. Also nur weil ihm die diebische Absicht fehlte, erklärte das Reichsgericht den § 242

---

preußischen Ober-Tribunals vom 21. November 1877 (Stenglein VIII, 114).

R.St.G.B. nicht für anwendbar[1]. Ganz Ähnliches sagt E. 14, 112 ff. (insbesonders 116 ff.), wo die Anwendung dieses Strafgesetzes lediglich deshalb unterblieb, weil den Angeklagten das Bewußtsein mangelte, daß die bei ihnen beschlagnahmten Schweine durch die Beschlagnahme für sie fremde Sachen geworden waren.

Anderseits kann dieser Gewahrsam aber auch den gleichen Inhalt haben wie der im vorangehenden Abschnitt behandelte „amtliche Gewahrsam" des § 133 R.St.G.B.

Dies ergibt die Entscheidung in R. 6, 426 ff: Der Angeklagte hatte einen Brief, der ihm vom Untersuchungsrichter weggenommen und in gesetzmäßiger Weise von diesem beschlagnahmt worden war, als er ihm nochmals zur Einsichtnahme ausgehändigt worden war, zerrissen und weggeworfen. In dieser Handlungsweise war nach der Ansicht des Reichsgerichts objektiv der Tatbestand der §§ 133 und 137 R.St.G.B. gegeben. Denn es handelte sich um eine beschlagnahmte Sache, die sich in dem Gewahrsam eines als Gerichtsschreiber zugezogenen Referendars, der den fraglichen Brief zur amtlichen Verwahrung vom Untersuchungsrichter erhalten hatte, befand und darin auch verblieb trotz Übergabe desselben an den Angeklagten zur Einsichtnahme. Diese im amtlichen Gewahrsam befindliche Sache hatte der Angeklagte durch Zerreißen und Wegwerfen diesem Gewahrsam entzogen. Es lag also nach dem Reichsgericht Idealkonkurrenz zwischen §§ 137 und 133 R.St.G.B. vor[2].

[1] Zustimmend Drews S. 41.

[2] Vgl. noch den ganz ähnlichen Fall in Bl. f. R. A. LXXII, 737/38. — Die Möglichkeit dieser Idealkonkurrenz verneint Binding (II. Bd., 2. Tl., S. 623/24), da §§ 133 und 137 sich mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Angriffsobjekte — einerseits „Aufbewahrungsbesitz", anderseits „Verstrickungsbesitz" — ausschlössen. Es dürfe nur § 137 als lex specialis Anwendung finden, wenn der Bruch des Gewahrsams zugleich den der Be-

Die übrigen sehr zahlreichen, mit Bezug auf § 137 ergangenen Entscheidungen befassen sich mit der Gewahrsamsfrage nicht, was darauf zurückzuführen ist, daß in den meisten Fällen der Gewahrsam an den beschlagnahmten Sachen dem bisherigen Inhaber belassen wird[1].

§ 9.
Der Gewahrsam in § 168 Satz 1 und § 367, Ziff. 1 Satz 3 R.St.G.B.

Die erstgenannte Gesetzesstelle bestraft die unbefugte Wegnahme einer Leiche aus dem „Gewahrsam der dazu berechtigten Person", die zweite Strafbestimmung hat den gleichen Tatbestand zur Voraussetzung, nur mit dem Unterschied, daß es sich hier um den Teil einer Leiche handeln muß.

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung (soweit sie in dieser Abhandlung berücksichtigt ist) weist nur eine Entscheidung auf, die sich mit der Frage des diesen beiden Strafgesetzen zugrundeliegenden Gewahrsamsbegriffs befaßt.

Dieser — E. 28, 139 ff. — liegt folgender Tatbestand zugrunde: Der Angeklagte hatte zusammen mit dem Totengräber, ohne zuvor sich die Erlaubnis hierzu erwirkt zu haben, die Leiche eines Kindes, die bereits in einem Grab auf dem Friedhof unter den üblichen Zeremonien beigesetzt war, bevor das Grab vollständig zugeworfen war, wieder aus diesem herausgehoben und in einem daneben gelegenen Grabe bestattet. Hierin erblickte das Untergericht eine Verletzung des § 168 R.St.G.B. deswegen, weil der An-

---

schlagnahme im Gefolge habe. Ebenso Drews S. 42. Dagegen stimmen dem Reichsgericht bei: Oppenhoff S. 339 Note 12; Olshausen S. 559 Note 17a; Frank S. 259/60 Note VI; Merkel S. 370/71; Seeliger S. 93.

[1] Vgl. hierzu auch unten S. 97/98.

geklagte damit die Leiche aus dem Gewahrsam seines Vaters als Berechtigten im Sinne des Gesetzes weggenommen habe. Demgegenüber führte das Reichsgericht aus: Den Gewahrsam an einer Leiche hätten, von besonderen Fällen abgesehen, nicht die Angehörigen des Verstorbenen, sondern derjenige, dem der Friedhof mit seinem Grund und Boden gehöre. In dem Gewahrsam dieser Person sei aber die Leiche des Kindes im vorliegenden Fall geblieben, trotzdem sie aus ihrer ursprünglichen Grabstätte von dem Angeklagten herausgenommen und in eine andere, daneben gelegene wieder versenkt worden sei. Da somit die Leiche trotz ihrer Ortsveränderung in dem Gewahrsam des gleichen Friedhofseigentümers geblieben sei, könne von einer „Wegnahme" im Sinne des § 168 R.St.G.B. nicht gesprochen werden.

Dieses Urteil zeigt, daß der hier geforderte Gewahrsam einen andern Inhalt hat wie in den §§ 242, 246. Er ist eine Art „Obhut", ein Schutzverhältnis, in dem die Leiche zum Gewahrsamsberechtigten steht[1]. Wer zur Ausübung dieses „Gewahrsams" im einzelnen Fall berechtigt ist, beantwortet sich verschieden. Vor der Beisetzung der Leiche wird er in der Regel den zur Beerdigung verpflichteten Personen zustehen, falls diese die Leiche tatsächlich in ihrer Verfügungsgewalt haben. Nach ihrer Bestattung auf einem öffentlichen Friedhof befindet sie sich im allgemeinen im „Gewahrsam" der Gemeinde als Eigentümerin des Begräbnisbodens[2]. Ihr Gewahrsam ist lediglich als ein Aus-

[1] So Binding I, 185; Meyer-Allfeld S. 576; v. Liszt S. 396; Kahl S. 67: Rotering in G. A. XLVII, 258/59; Olshausen S. 661 Note 4a; Frank S. 298; Micelli S. 24/25.

[2] Ebenso Binding I, 185; Olshausen S. 661 Note 4 b; Oppenhoff S. 408/9 Note 2; teilweise a. A. Kahl S. 67 und Frank S. 298, die nicht dem Eigentümer des Friedhofsgeländes, sondern demjenigen den „Gewahrsam" zusprechen, dem öffentlich rechtlich die Verwaltung des Begräbnisplatzes obliegt, mag

fluß ihres Eigentums an dem Friedhof anzusehen und erfordert nicht das sonst zur Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes in seiner üblichen Bedeutung nötige physische Näheverhältnis des Inhabers zur Sache.

Der Grund für diese abweichende Bestimmung des Gewahrsamsinhaltes im Sinne dieser Strafdrohungen liegt darin, daß die Leiche oder Teile derselben regelmäßig nicht Vermögenssachen und somit auch nicht Gegenstand des Vermögensverkehrs sind, daher auch nicht Rechtsobjekt im Sinne des Sachenrechts sein können und demgemäß nicht wie im Eigentum stehende Sachen besessen werden[1].

§ 10.

Der Gewahrsam in § 289 R.St.G.B.

Die hier unter Strafe gestellte Pfandkehr[2] vollzieht sich durch die rechtswidrige „Wegnahme" der eigenen oder fremden beweglichen Sache — letzterenfalls muß diese zum Vorteil ihres Eigentümers erfolgt sein — aus dem Besitze desjenigen, dem an der weggenommenen Sache ein Pfand-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Ist nun die strafbare Handlung, das „Wegnehmen", gleich dem Wegnehmen aus dem Gewahrsam in § 242

dieser Eigentümer desselben sein oder nicht. — Vgl. dagegen Erkenntnis des sächsischen Ober-Appellationsgerichts vom 14. August 1877 (Stenglein VII, 307/08), welches von einem Gewahrsam (im technischen Sinn) der Kirchengemeinde, welcher das Eigentum an dem betreffenden Friedhof gehört, an den Gräbern und an den mit den Leichen begrabenen Gegenständen spricht und demgemäß die Wegnahme letzterer als Diebstahl bestraft.

[1] Vgl. Olshausen S. 661 Note 2 d u. S. 954 Note 7 und Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, 204 ff.

[2] So genannt z. B. von Binding I, 317 ff.; auch als Besitzrechtsstörung (Harburger S. 392), Besitzanmaßung (Meyer-Allfeld S. 523) oder Besitzentziehung (v. Liszt S. 436) bezeichnet.

R.St.G.B., also aus der tatsächlichen Verfügungsgewalt, oder hat dieser Begriff hier eine andere Bedeutung?

Das Reichsgericht[1] hat zu dieser Frage wiederholt eine verschiedenartige Stellung genommen und das Verhältnis, in dem die weggenommene Sache zu dem steht, dem sie weggenommen wurde, verschieden ausgelegt.

In G. A. XLVI, 340 hebt das Reichsgericht ausdrücklich hervor, daß zum Tatbestand des § 289 ebenso wie in § 242 R.St.G.B. eine Wegnahme der Sache aus fremdem Gewahrsam gefordert werde, und begründet seine Ansicht mit der gleichen Ausdrucksweise beider Bestimmungen, ihrem analogen Tatbestande und den Motiven zum § 285, der in der Hauptsache in den jetzigen § 289 übergangen sei, welche ihn als ein dem Diebstahl verwandtes Vergehen bezeichneten. Auch Theorie und Praxis setzten zu seiner Anwendung voraus, „daß ein Gewahrsam des Nutznießers etc. an dem Gegenstand der Wegnahme im Sinne physischen Vermögens ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung (E. 5, 42; 23, 71) bestanden habe“[2]. . . .

In E. 27, 222 ff. dagegen erklärt es zur Anwendung des § 289 R.St.G.B. gegen den Mieter, der ohne die

[1] In der Literatur verschieden beantwortet. Binding (I, S. 319) sagt in dieser Hinsicht: „Wegnahme (im Sinne des § 289) ist bald Wegnahme der Sache aus tatsächlicher Innehabung, bald aus juristischem Besitz, bald aus dem räumlichen Rechtsbereich.“ Schon deswegen, weil diese Wegnahme nicht notwendig strafrechtlichen Gewahrsam voraussetze, decke sie sich nicht vollständig mit der des § 242. Im Ergebnis übereinstimmend v. Liszt S. 436 Anm. 1; Harburger S. 324/25; ähnlich Meyer-Allfeld S. 524 Anm. 9; Olshausen S. 1233/34 Note 7; dagegen Frank S. 512 Note III, der diesen Begriff nicht anders als den des § 242 verstanden wissen will, ebenso anscheinend Merkel in H. H. III, 836; Rüdorff S. 662 Note 4 und Oppenhoff S. 763 Note 10.

[2] Ebenso wohl auch E. 17, 358 ff.

Miete bezahlt zu haben, auszieht, für genügend, „daß der Vermieter die von dem Mieter in die Mietwohnung eingebrachten Sachen, an welchen ihm nach dem Vertrage das Zurückbehaltungsrecht eingeräumt ist, in seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt hatte, und daß sein auf die Ausübung der Verfügungsgewalt gerichteter Wille dem Mieter erkenntlich war".

Diese Entscheidung und E. 38, 174 ff. begnügen sich damit, daß die Wegnahme aus der „Verfügungsgewalt" eines Berechtigten erfolgte. Letztere braucht aber dem Gewahrsam im Sinne des § 242 als der tatsächlichen Innehabung nicht zu entsprechen. Das geht daraus hervor, daß E. 38, 174 ff. dem Vermieter diese an den in die Mieträume eingebrachten Sachen des Mieters zuspricht, „wenn er die Sachen auch nicht in seinem unmittelbaren Gewahrsam hat"[1].

In E. 15, 434 ff. legt das Reichsgericht dem Begriffe der Wegnahme einen noch weitgehenderen Sinn bei. Es stellt zunächst fest, daß dieser „im allgemeinen" derselbe ist wie in den §§ 242, 246 R.St.G.B., und daß nur „eine abweichende Auffassung insoweit gerechtfertigt erscheint, als sie durch die Verschiedenheit der sonstigen Voraussetzungen beider Delikte bedingt wird". Wenn auch der Vermieter durch das Einbringen der Sachen des Mieters an diesen keinen Gewahrsam erwerbe, da dieser beim Mieter verbleibe, so trete er doch zu diesen Sachen in „ein dem Besitze ähnliches Herrschaftsverhältnis"[2], vermöge dessen er sich in der Lage befinde, der Fortschaffung der in sein Haus eingebrachten Gegenstände hindernd entgegenzutreten. Die Wegnahme erschöpfe sich in der Beseitigung dieser die Verfügungsgewalt des Mieters einschränkenden Herrschaft.

[1] Ähnlich G. A. XLVIII, 123; vgl. auch E. 4, 43 ff.; 22, 126 ff.

[2] Ebenso E. 31, 131/32; 37, 118 ff. (insbes. 129); D. J. Z. 1906, Sp. 319; G. A. XLVII, 287 ff.; vgl. noch J. W. 1906, S. 492 Nr. 26.

Dieses dem Gewahrsam ähnliche, tatsächliche Verhältnis bestimmt das Reichsgericht in J. W. 1900, S. 615 Nr. 4 näher dahin als „das Vorliegen solcher äußerlicher und räumlicher Beziehungen des Vermieters zu den weggenommenen, seinem Pfandrechte unterliegenden Sachen, daß dieselben dadurch zu ihm in ein dem wirklichen Pfandbesitze ähnliches, gleichwertiges Gewalt- und Herrschaftsverhältnis gebracht werden, vermöge dessen er (der Vermieter) in der Lage ist, . . . die Zurückbehaltung der Pfandobjekte in dem Mietgrundstücke, sowie die Verhinderung der Entfernung derselben hieraus, zur Ausübung und Geltung zu bringen".

In E. 1, 429 ff.[1] verneint das Reichsgericht ausdrücklich, daß die Anwendung des § 289 R.St.G.B. einen Gewahrsam auf seiten des Verletzten voraussetze, und erklärt durch die rechtswidrige Wegnahme seitens des Mieters die „tatsächliche Gewalt", die dem Vermieter durch die Einbringung der Sachen auf das von ihm besessene Grundstück entstanden sei, und vermöge welcher er die Verschleppung durch Ausübung seines Besitzes am Grundstücke verhüten könne, für verletzt.

Wie sich hieraus ergibt, ist nach der Auffassung des weitaus größten Teiles der Reichsgerichtsentscheidungen, die das Vermieterpfandrecht[2] zum Gegenstand haben, das eine Wegnahme nach § 289 R.St.G.B. ermöglichende Verhältnis einer Person zu einer Sache nicht identisch mit dem Gewahrsamsbegriff des § 242. Dieses läßt sich vielleicht zutreffend bezeichnen als die Machtsphäre einer Person, innerhalb welcher diese,

[1] Im gleichen Sinne E. 3, 58 ff.; 6, 321 ff.; 10, 321 ff.; 35, 150 ff.

[2] Die hier berücksichtigten Entscheidungen berühren, sofern sie ein anderes der in § 289 geschützten Rechte zum Gegenstand habe, diese Frage nicht, ausgenommen E. 17, 358 ff.; siehe diese unten S. 84.

ohne den unmittelbaren Gewahrsam im üblichen Sinne zu haben, dennoch kraft eines ihr zustehenden Rechts der in § 289 aufgeführten Arten imstande ist, im gegebenen Fall sich in eine solche Beziehung zur Sache zu setzen, daß sie ihrer Verfügungsgewalt unterliegt. Es erfordert also nicht ein ununterbrochen andauerndes, nach außen in die Erscheinung tretendes Gewaltverhältnis; es genügt vielmehr zu seiner Erfüllung, daß für den Berechtigten die Möglichkeit der Herstellung eines solchen besteht, das ihm die Verhütung schädigender Eingriffe in sein Recht gewährleistet.

Demgemäß wäre die Wegnahme im Sinne des § 289 R.St.G.B. als die Entfernung der in Frage stehenden Sache aus dem räumlichen Machtbereiche des Berechtigten, welche die weitere Rechtsausübung unmöglich macht, anzusprechen, oder vom Standpunkte des Täters aus betrachtet, als „die Erlangung der von der tatsächlichen Herrschaft des Berechtigten unbeschränkten Verfügungsgewalt“ (D. J. Z. 1906, Sp. 543/44)[1].

Unter diesem Gesichtspunkt hat das Reichsgericht in R. 8, 272 ff.[2] das Vorliegen einer Wegnahme in dem Falle verneint, daß der Mieter eingebrachte Sachen, an denen der Vermieter sein Pfandrecht (nach preußischem Landrecht) geltend machen wollte, nach einer andern Mietwohnung desselben Hauses schaffte. Denn das Verhältnis des Vermieters zu den Sachen sei das gleiche, mögen diese in der Wohnung des Mieters bleiben oder in eine andere Mietwohnung desselben Hauses gebracht werden, und die faktische Gewalt, ihre Fortschaffung zu hindern, habe dadurch keine Änderung erlitten.

[1] Ebenso E. 10, 321 ff.; J. W. 1892, S. 260 Nr. 35.

[2] Für eine ausdehnende Auslegung des Begriffs der Wegnahme Binding I, 318; v. Liszt S. 436 Anm. 1; Harburger S. 323; dagegen Frank S. 512 Note III; ebenso anscheinend Rüdorff S. 669 Note 4 und Berner S. 612.

Wenn nun auch der nach § 289 R.St.G.B. Geschützte keinen Gewahrsam im Sinne des § 242 zu haben braucht, so ist dieser doch keineswegs tatsächlich ausgeschlossen. Dies bestätigt E. 17, 358 ff. In diesem Fall hatte ein sogenannter Altgedinger das Mitbenützungsrecht am Hausboden des Angeklagten, dessen Zugang zwei Leitern vermittelten. Letztere hatte der Angeklagte weggeschafft und dadurch das Recht des Altgedingers vereitelt. Bezüglich des Rechtsverhältnisses an den Leitern führte das Reichsgericht aus, daß keiner der beiden Berechtigten die ausschließliche tatsächliche Verfügungsgewalt über die Leitern gehabt habe, da die Verfügungsgewalt des einen durch die des andern beschränkt gewesen sei. Keiner hätte für sich allein den Gewahrsam daran gehabt, vielmehr nur beide zusammen.

Wie aber bei einem solchen Mitbenützungsrecht ein Mitgewahrsamsverhältnis möglich ist, so ist meines Erachtens es auch nicht ausgeschlossen, daß ein solches auch hinsichtlich der eingebrachten Sachen des Mieters zwischen diesem und dem Vermieter im einzelnen Fall auftreten kann, und daß dann sich das Wegnehmen im Sinne des § 289 R.St.G.B. tatsächlich als eine Aufhebung des Gewahrsams im Sinne des § 242 darstellt. Es scheinen mir die Fälle, in denen der Vermieter einen solchen untergeordneten Gewahrsam an dem Einbringen des Mieters hat, nicht so sehr selten. Namentlich dann wäre die Annahme eines solchen Mitgewahrsams gerechtfertigt, wenn die Räume, in welche der Mieter seine Sachen eingebracht hat, Teile der Wohnung des Vermieters sind oder diesem ein Mitbenützungsrecht an denselben vertraglich zukommt oder aus einem andern Grunde der unbeschränkte Zutritt zu diesen offen steht.

Das Reichsgericht hat allerdings in den für diese Frage in Betracht kommenden Entscheidungen (E. 3, 58 ff.;

10, 321 ff.; 15, 434 ff.)[1] den Gewahrsamserwerb des Vermieters verneint, und auch die vorgenannten Entscheidungen — soweit sie ein Vermieterpfandrecht zum Gegenstand haben — vermerken nichts in dieser Richtung.

§ 11.
Der Gewahrsam in § 291 R.St.G.B.

Über die Gewahrsamsfrage hinsichtlich der „bei den Übungen der Artillerie verschossenen Munition" und der „in den Kugelfängen der Schießstände befindlichen Bleikugeln" gehen die Meinungen in der Literatur[2] weit auseinander. Ebenso geteilt sind die Ansichten über das Verhältnis des § 291 zum Diebstahl.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vertritt, namentlich in Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 291, den Standpunkt, daß die widerrechtliche Munitionsaneignung nur dann unter dieses Strafgesetz fällt, wenn Gewahrsam und Eigentum an der verschossenen Munition für die Militärbehörde untergegangen ist, oder wenn nicht erweislich ist, daß derselbe fortbesteht. Ist dagegen der Gewahrsam durch irgendwelche Vorrichtungen, die dazu geeignet sind, denselben an der Munition auch n a c h ihrer Verwendung zu erhalten, gesichert, so ist die rechtswidrige Zueignung derselben als Diebstahl zu bestrafen[3].

---

[1] Siehe hierzu noch § 6 II, 3 b, S. 63/64.

[2] Vgl. Binding I, 310/11; Harburger S. 309 ff.; v. Liszt S. 437; Mettgenberg in Z. Str. W. XXVIII, 72 ff.; Olshausen S. 1239 Note 2; Rüdorff S. 665 Note 1; Micelli S. 19/20.

[3] A. A. Binding I, 311; Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 312; Meyer S. 574; Meyer-Allfeld S. 534; v. Liszt S. 437; Mettgenberg S. 84/85; Merkel in H. H. III, 838/39; Rüdorff S. 665 Note 1; Oppenhoff S. 765 Note 1; Frank S. 514 Note II; Olshausen S. 1240 Note 3; Micelli S. 20; Eckardt S. 32, die sämtlich den § 291 als eine Sonderbestimmung, als ein Spezialdelikt auffassen, welches die Anwendung des § 242 und

Dies spricht R. 2, 490 ff. deutlich aus: Es handelte sich dort um die Wegnahme von Bleikugeln aus Kugelfängen, die derart mit einem Lattenzaun umgeben waren, daß man nur durch Beseitigung desselben zu diesen gelangen konnte. Das Reichsgericht verneinte für diesen Fall die Anwendbarkeit des § 291 R.St.G.B. Denn das Gebiet dieser Bestimmung erstrecke sich zwar auf Fälle, in denen Wegnahme aus offenen Kugelfängen erfolgt sei, „da diese Vorrichtungen an sich weder bestimmt noch geeignet erscheinen, den Besitz der Munition ... seitens der Militärbehörde zu erhalten und erkennbar zu machen". Nicht dagegen sei sie dann anwendbar, wenn die Behörde sich ihren Besitz an der verschossenen Munition durch Veranstaltungen, wie sie im vorliegenden Fall erfolgt seien, gesichert habe.

Als solche, das Eigentum und den Gewahrsam der Militärbehörde hinreichend sichernde Maßnahmen erklärt das Reichsgericht im Recht 1907, Sp. 195 Nr. 386 das Aufstellen von ständig patrouillierenden Wachtposten und das Anschlagen von Zutrittsverboten zu den Schießständen, mögen letztere auch von der an einer Seite sie begrenzenden Landstraße aus ohne irgendwelches Hindernis an sich frei zugänglich gewesen sein.

Hieraus ergibt sich die Folge, daß nach Ansicht des Reichsgerichts der Gewahrsam an verschossener Munition, die sich in abgeschlossenen Kugelfängen befindet, dem Militärfiskus verblieben ist, daß dagegen dieser untergegangen ist, wenn die Munition entweder in offenem Terrain oder in offenen Kugelfängen nieder-

---

des § 246 in allen Fällen ausschließt, ohne daß es einen Unterschied macht, ob tatsächlich die verschossene Munition sich im Gewahrsam der Militärbehörde noch befindet oder nicht. Falls Gewahrsam an dieser besteht, hält Berner (S. 613 Anm. 1) Diebstahl für gegeben.

gefallen ist, vorausgesetzt, daß diese nicht seitens der Militärbehörde derart bewacht sind, daß nach den konkreten Verhältnissen die Fortdauer der tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeit über sie bejaht werden muß.

Weiter folgt aber noch aus diesen beiden Entscheidungen, daß die Anwendung des § 291 R.St.G.B nach der Meinung des Reichsgerichts[1] keinen Gewahrsam der Militärbehörde an der verschossenen Munition voraussetzt, im Gegenteil beim Vorliegen eines solchen sogar unzulässig ist, da in diesem Fall der Tatbestand des Diebstahls mit der Aneignung derselben sich erfülle, und daß die Munitionsaneignung keinen Bruch fremden Gewahrsams demnach enthält.

§ 12.

Der Gewahrsam in den §§ 354, 355 R.St.G.B.

Diese beiden Strafgesetze fallen insofern in den Rahmen dieser Untersuchung, als sie die den Post- und Telegraphenanstalten anvertrauten Sendungen (Briefe und Pakete) bzw. Depeschen während der Zeit ihrer Beförderung durch diese gegenüber unberechtigten Eingriffen ihrer Beamten schützen will und damit zugleich den amtlichen Gewahrsam, welcher diesen Anstalten aus der Übergabe zum Transport während der Dauer desselben entstand.

Dieser Gewahrsam läßt sich dem oben in § 7 als „Aufbewahrungsbesitz“ bezeichneten gleichstellen, mit dem er in seinem Wesen und Inhalt übereinstimmt. Er wird seitens der betreffenden Post- oder Telegraphenanstalt durch Auflieferung der fraglichen Sendung, oder, wie die §§ 354, 355 diese Handlung nennen, durch „Anvertrauen“ erlangt. Sie kann sich durch

[1] Anders natürlich die in der Literatur hauptsächlich vertretene Ansicht (vgl. S. 85 Anm. 2 u. 3), die auch bei Fortbestand des Gewahrsams § 291 anwenden will.

persönliche Entgegennahme seitens der bei diesen Anstalten amtlich verwendeten Personen vollziehen; sie kann aber auch durch die Benützung solcher „Einrichtungen, welche nach den geltenden Vorschriften den Verkehr zwischen der Person des Aufgebers und des empfangenden Beamten zu ersetzen bestimmt sind", geschehen, so vor allem durch Einlegen in einen hierzu bestimmten Briefkasten (E. 28, 100 ff.). Schon mit dieser Handlung wird die Sendung der Postanstalt anvertraut, d. h. dem Postverkehr in ordnungmäßiger Weise übergeben[1]. Dieser amtliche Gewahrsam entsteht also nicht erst in dem Zeitpunkt, wo sie durch den den Briefkasten entleerenden Boten in die Postanstalt gebracht wird[2].

Anders beurteilt sich jedoch der Fall, wo ein Postbote Briefe zwecks Verbringung zur Post entgegennimmt, obwohl dies seiner Instruktion widerspricht und er dazu nicht befugt ist. Hier beginnt der amtliche Gewahrsam der Post nicht schon mit der Übergabe an den Boten, da die Briefe damit wohl letzterem, nicht aber der Postanstalt anvertraut sind[3]. Dieser ist in einem solchen Fall lediglich Bote des Absenders[4].

Dagegen war der Gewahrsam der Postanstalt nach E. 36, 267 ff.[5] zu bejahen in einem Fall, wo ein Postbote einen versehentlich an einen andern als den

---

[1] Ebenso Meves in H. H. III, 1002; Oppenhoff S. 876 Note 5; Rüdorff S. 747 Note 4.

[2] E. 22, 394 ff.

[3] Zustimmend Binding II. Bd., 2. Tl., S. 946 Anm. 5; Hälschner II. Bd., 2. Tl., S. 1091; Meves in H. H. III, S. 1002; Oppenhoff S. 876 Note 5; Olshausen S. 1415 Note 2a; vgl. auch Erkenntnis des badischen Oberhofgerichts vom 14. April 1877 (Badische Annalen XLIII, 230/33), das im gleichen Sinne erkannte.

[4] E. 22, 394 ff.

[5] Zustimmend Binding II. Bd., 2. Tl., S. 946 Anm. 6; Olshausen S. 1415 Note 2a.

Adressaten abgegebenen Brief von ersterem wieder zurückerhalten hatte, um ihn auf dem Postamt abzuliefern. Das Reichsgericht erklärte, daß mit dieser Rückgabe des Briefes derselbe wieder als der Post anvertraut zu gelten habe, da die dieser obliegende Tätigkeit, nämlich die Bestellung desselben an den richtigen Adressaten, noch nicht beendet war. Der Umstand, daß der Brief einem Postboten zurückgegeben worden sei, schließe den Gewahrsam der Post nicht aus, da die Postbehörde zur Ausführung der Beförderung durch ein amtlich hierzu berufenes Organ vertreten sei, der Postbote also diese Behörde insoweit repräsentierte (E. 1, 61 ff.).

Verletzt bzw. aufgehoben wird der Gewahrsam der Post- und Telegraphenanstalten durch „Unterdrücken" der diesen übergebenen Sendungen. Diesen Begriff erläutert E. 28, 100 ff. folgendermaßen: „Das Unterdrücken eines der Post anvertrauten Briefes seitens eines Postbeamten liegt vor, sobald er denselben widerrechtlich dem Postverkehre entzieht, ihn aus diesem Verkehre beseitigt oder fernhält."[1] Unerheblich ist es, ob diese Aufhebung der Verfügungsgewalt dieser Behörden bzw. der sie vertretenden Beamten eine endgültige ist, oder ob die in Frage stehende Sendung wieder dem Postverkehr zugeführt wird[2].

Anderseits ist dieser Begriff noch nicht durch jede unberechtigte Ansichnahme unbedingt erfüllt, weil damit nicht in jedem Fall die Verfügungsgewalt der Post- oder Telegraphenanstalt aufgehoben zu sein

[1] Übereinstimmend Meves in H. H. III, 1004; Binding II. Bd., 2. Tl., S. 948; Hälschner II. Bd., 2. Tl., S. 1092; Rüdorff S. 747 Note 6; Oppenhoff S. 877 Note 7; Olshausen S. 1416 Note 3b; Frank S. 592 Note III, 2; vgl. hierzu auch Urteil des Oberhofgerichts vom 29. April 1876 (Badische Annalen XLII, 153 ff.), das diesen Begriff ebenso definiert.

[2] E. 1, 114 ff.; 33, 276 ff.; 35, 80 ff.; Bl. f. R. A. 72, 786/87.

braucht. Ob dies zutrifft oder nicht, hängt von den besonderen Begleitumständen des einzelnen Falles ab. Daher hielt das Reichsgericht in J. W. 1903, S. 356 Nr. 33 den Nachweis eines vollendeten Vergehens nach § 354 R.St.G.B. in dem Falle nicht für geführt, in welchem ein Postschaffner beim Aussondern der mit Briefen vermengten Paketadressen drei Briefe bei den Paketadressen, die er hierauf in die Paketkammer zu tragen hatte, zurückbehielt, weil diese Briefe durch einen andern Beamten, bevor sich ersterer mit diesen entfernen konnte, aus dem Bündel, in welchem sie sich mit den Paketadressen vermengt befanden, wieder herausgenommen worden waren. Diese Briefe waren, wenn sie auch unstatthafterweise von dem Angeklagten zu den Paketadressen genommen wurden, damit doch noch im Postverkehr geblieben, solange sie nicht an einen Ort verbracht waren, der als ein dienstlicherseits unerlaubter Aufbewahrungsort anzusehen war. Da sie aus ihrem bisherigen ordnungsmäßigen Verwahrungsort noch nicht von dem Angeklagten weggebracht worden waren, waren sie der Verfügungsmöglichkeit der Postanstalt unterstellt geblieben[1].

[1] Diese Entscheidung, die in tatsächlicher Hinsicht große Ähnlichkeit mit der oben S. 72 zu §§ 133, 348 Absatz 2 aufgeführten Entscheidung in E. 10, 189 ff. hat, spricht, abgesehen von sonstigen Berührungspunkten zwischen den hier und in § 7 erwähnten Urteilen, für die eingangs behauptete Gleichartigkeit des in diesen Bestimmungen vorausgesetzten Gewahrsamsbegriffes, insbesondere auch hinsichtlich der Fortdauer, welche beide Entscheidungen offenbar deswegen bejahen, weil die jeweils in Frage stehenden Sachen von den Angeklagten noch nicht an einen Ort verbracht worden waren, wo die bisherigen Gewahrsamsinhaber sie nicht vermuten konnten, und weil damit die Verfügungsmöglichkeit über die Gegenstände für diese noch nicht vereitelt worden war.

§ 13.

Der Gewahrsam in den Übertretungen des § 370 Ziff. 2, 5 u. 6 R.St.G.B.

I. § 370 Ziff. 2.

Diese Übertretung stellt die unbefugte „Wegnahme" von Bodenbestandteilen unter Strafe. Diese Wegnahme, durch welche die Substanz eines Grundstücks verringert wird, besteht in der Entziehung des Gewahrsams des bisherigen Inhabers, regelmäßig des Grundstückseigentümers, an den entnommenen Bodenbestandteilen.

Über den Inhalt dieses Gewahrsams hat sich die reichsgerichtliche Rechtsprechung, soweit sie hier Berücksichtigung gefunden hat, nicht direkt ausgesprochen; doch läßt sich namentlich aus R. 9, 313/14 die Folgerung ziehen, daß der Gewahrsamsbegriff, den diese Strafbestimmung voraussetzt, der gleiche ist wie in § 242 R.St.G.B. Daselbst erläutert es den Zweck des § 370 Ziff. 2 folgendermaßen: „Es ist durch § 370 Ziff. 2 des St.G.B. aus Gründen der Kriminalpolitik eine Reihe von Diebstahlsfällen aus dem Rahmen des § 242 des St.G.B. herausgehoben. . . ." Das Reichsgericht erachtet also die durch die Bestimmung unter Strafe gestellte Entwendung von Bodenbestandteilen als einen privilegierten Diebstahl[1] und erfordert deswegen für sie die sämtlichen Tatbestandsmomente des Diebstahls und damit auch einen Gewahrsam, wie ihn § 242 R.St.G.B. voraussetzt. Demgemäß hat es auch

[1] Übereinstimmend Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 209; Rotering in Z. Str. W. XXVI, 724; Lehr S. 24 und anscheinend Meyer-Allfeld S. 520. Nach Binding (I, 310) kann Diebstahl oder Unterschlagung, nach Olshausen (S. 1519/20 Note d zu Nr. 2), Frank (S. 651 Note II) und Harburger (S. 295) Diebstahl oder auch Sachbeschädigung vorliegen. Micelli (S. 21) dagegen hält die Übertretung eher für eine Sachbeschädigung als einen privilegierten Diebstahl.

in der erwähnten Entscheidung die Entwendung von Steinen, die nicht mehr als Bestandteile eines Grundstücks zu erachten waren, da sie bereits vor der Wegnahme nach den gegebenen Umständen selbständige Sachen geworden waren, ohne weiteres als Diebstahl bestraft[1].

II. § 370 Ziff. 5.

Diese, gewöhnlich „Mundraub" genannte Übertretung bestraft die „Entwendung" von Nahrungs- und Genußmitteln von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche[2].

Nach dem vom Reichsgericht[3] immer vertretenen, allerdings nicht unbekämpft gebliebenen[4] Standpunkte hat diese Strafbestimmung den vollen Tatbestand des Diebstahls zur Voraussetzung, der nur durch die

---

[1] Vgl. auch R. 2, 166/67.

[2] Siehe jedoch die Ausdehnung dieser Strafbestimmung durch die Novelle vom 19. Juni 1912.

[3] Vgl. R. 6, 422 ff.; 8, 703/4; E. 3, 423 ff.; 5, 404 ff.; 6, 325 ff.; 9, 297 ff.; 10, 308 ff.; 12, 8 ff.; 13, 371 ff.; 14, 312 ff.; 17, 332 ff.; 19, 378 ff.; 24, 324 ff.; 35, 115 ff.; 43, 175 ff.

[4] Mit dem Reichsgericht erblicken in § 370 Ziff. 5 einen privilegierten Diebstahl Hälschner II. Bd., 1. Tl., S. 310, Rotering in Z. Str. W. XXVI, 709; Rüdorff S. 797 Note 6 u. S. 798 Note 11; Oppenhoff S. 974 Note 17; v. Schwarze S. 964; Olshausen S. 1521 Note a zu Nr. 5; Lehr S. 26; Micelli S. 23 und wohl auch Berner S. 549. Dagegen halten Meyer (S. 564), Meyer-Allfeld (S. 519), v. Liszt (S. 438), Geyer (in Z. Str. W. II, 303) und Friedländer (ebenda XI, 397/98) den Mundraub für ein Sonderdelikt. Letzterer schließt dies aus seiner Stellung unter den Übertretungen und aus dem Wort „Entwenden", das auch den Begriff der Unterschlagung mitumfasse. Auch Harburger (S. 300) bevorzugt die Annahme eines Sonderdeliktes. Wieder andere halten den § 370 Ziff. 5 als einen Spezialfall sowohl des Diebstahls wie der Unterschlagung, teilweise unter Hinweis auf den unbestimmten Ausdruck „Entwenden", so Frank S. 653; Olshausen 8. Aufl., S. 1496 Note a zu Nr. 5; Binding I, 307; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 277.

Qualität und die Quantität des Entwendeten, seinen Wert und durch die auf den alsbaldigen Verbrauch gerichtete Absicht besonders geartet ist. Daher verlangt sie zu ihrer Anwendung einen Gewahrsam auf seiten des Verletzten, wie ihn der Bestohlene hatte, und umfaßt der Ausdruck „Entwenden" nur die Wegnahme einer fremden Sache, nicht etwa auch den Mißbrauch des bereits innegehabten Gewahrsams oder ein sonstiges Verfahren mit der Sache. Die Entwendung kann also insbesondere nicht im Wege einer Unterschlagung geschehen [1].

III. § 370 Ziff. 6.

Hier ist die „Wegnahme" von Futtermitteln wider den Willen des Eigentümers derselben in der Absicht, dessen Vieh damit zu füttern, mit Strafe bedroht.

Diese Wegnahme, der allerdings auf seiten des Täters die Zueignungsabsicht mangelt, wie sie der § 242 R.St.G.B. fordert, begründet deshalb zwar nicht an sich den Tatbestand eines Diebstahls, hat aber dennoch auf seiten des Eigentümers den Verlust des Gewahrsams an dem Futter und auf seiten des Täters die Begründung eines Alleingewahrsams zur Folge, und zwar eines solchen Gewahrsams, wie ihn die

[1] Gegen die Ausdehnung dieser Bestimmung auf die Fälle der Unterschlagung macht das Reichsgericht in E. 24, 38/39, abgesehen von deren Entstehungsgeschichte, geltend, daß dieselbe eine analoge Anwendung auf verwandte Delikte deswegen verbiete, da sie eine Ausnahme von der Regel der §§ 242, 243 bilde. Ferner sei aus § 247 zu schließen, daß nur in den in diesem Gesetze genannten Beziehungen eine analoge Behandlung des Diebstahls wie der Unterschlagung stattfinden solle. Schließlich habe der § 370 Ziff. 5 den Zweck, für die Fälle des Mundraubes die Diebstahlsstrafe, die sich in ihre Anwendung auf diesen als eine unangemessene Härte darstelle, zu mildern. Dieser Zweck komme bei einer Unterschlagung, welche Geldstrafe bis zu drei Mark herab zulasse, nicht so sehr in Betracht, daß der Gesetzgeber eine dem § 370 Ziff. 5 entsprechende Ausnahmevorschrift für solche Fälle als nötig erachtet habe.

§§ 242, 246 zur Grundlage haben[1]. Dies folgt aus der Entscheidung des Reichsgerichts im Recht 1909, Beil.-Bd. Nr. 1637, wo es ausführt: Wenn jemand, vorerst ohne Zueignungsabsicht, gegen den Willen des Eigentümers Futter zum Viehfüttern diesem wegnimmt, nach der Wegnahme, die ihm den Alleingewahrsam an diesem verschafft hat, aber diese Absicht ändert und sich nunmehr dasselbe zueignet, so liegt hierin eine neue Straftat, eine Unterschlagung.

Da nun diese die Unterschlagung zur Entstehung bringende Zueignung lediglich infolge der Änderung der früheren Willensentschließung sich vollzog, in dem tatsächlichen Verhältnis, in das der Täter zu dem Futter durch die ursprüngliche Wegnahme getreten war, aber keine Änderung eintrat und dieses Verhältnis auch für die Erfüllung des Gewahrsamsbegriffes, wie ihn der § 246 R.St.G.B. verlangt, für geeignet erachtet wurde, so folgt hieraus unmittelbar, daß der Gewahrsamsbegriff in beiden Strafbestimmungen der gleiche ist.

§ 14.

Schluß.

Wenn wir nun zum Schlusse die Ergebnisse der vorstehenden Erörterungen miteinander vergleichen, so erkennen wir, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts von Anfang an unbedingt und ohne irgendwelche Einschränkung an dem Satze festgehalten hat, daß der Gewahrsamsbegriff des Strafrechts an sich kein Rechtsbegriff, sondern ein rein tatsächlicher

---

[1] Ähnlich z. B. Binding I, 316/17; v. Liszt S. 438 u. Anm. 10 daselbst; Harburger S. 307/8; Friedländer in Z. Str. W. XI, 398; Rotering ebenda XXVI, 723; Oppenhoff S. 977 Note 29; Rüdorff S. 799 Ziff. 21; Olshausen S. 1526/27 Note a zu Nr. 6; Frank S. 655 Note 6; Lehr S. 32/33; Micelli S. 24.

ist, dessen Vorliegen unabhängig von zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist und dessen Inhalt mit dem Besitzbegriff des Zivilrechts nicht übereinzustimmen braucht, ja in den meisten Fällen von diesem durchaus verschieden ist.

Es kann also zwar der unmittelbare Besitzer im Sinne des § 854 B.G.B. zugleich Gewahrsamsinhaber der von ihm besessenen Sache sein, er ist es aber nicht in allen Fällen schon auf Grund seines Besitzes. Denn nur da, wo der zivilrechtliche Besitz gleichzeitig auch die physische Herrschaft über die Sache in sich schließt, steht dem Besitzer auch der strafrechtliche Gewahrsam zu. Der mittelbare Besitzer im Sinne des § 868 B.G.B. wird in der Regel nicht Gewahrsamsinhaber sein; doch ist dies im einzelnen Fall nicht unbedingt ausgeschlossen, insbesondere nicht bei Mietverhältnissen, in denen dem Vermieter trotz des Vermietens die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die vermieteten Gegenstände verblieben ist[1]. Ja sogar der Besitzdiener des § 855 B.G.B. — und damit reicht der Gewahrsamsbegriff über das Gebiet des zivilrechtlichen Besitzes hinaus — kann Gewahrsam haben; ob als Mitdetentor oder als als alleiniger Inhaber, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

Anderseits zeigt die reichsgerichtliche Rechtsprechung, daß der Begriff des Gewahrsams, wie er sich in den einzelnen Bestimmungen findet, kein einheitlicher, ein für allemal feststehender ist. Sein Inhalt ist in den §§ 242, 246 verschieden von dem der §§ 168, 367 Ziff. 1, ein anderer in den §§ 133, 137 als in dem § 289, wenn auch nur in einzelnen Beziehungen.

[1] Vgl. z. B. die S. 62 aufgeführte Entscheidung in J. W. 1908, S. 163 Nr. 27.

Sogar innerhalb derselben Strafbestimmung hat er bisweilen mehrfache Deutungen und Auslegungen erfahren[1].

Dies zeigt schon der Gewahrsamsbegriff der §§ 242, 246. Hier legt das Reichsgericht bei der Beurteilung der Frage nach dem Gewahrsam im Regelfall das ausschlaggebende Gewicht auf die tatsächliche Seite, auf die Möglichkeit der tatsächlichen Einwirkung auf die Gewahrsamssache, gegeben durch die physische Nähe des Gewahrsamsinhabers zur Sache. Anderseits finden sich in seiner Rechtsprechung zahlreiche Entscheidungen, in denen dieses tatsächliche Moment völlig in den Hintergrund tritt.

Ein solcher Verzicht auf das Erfordernis der tatsächlichen Einwirkungsmöglickeit auf die rechtswidrig zugeeignete Sache, wie sie der Regelfall zur Voraussetzung hat, tritt namentlich in der oben[2] aufgeführten Entscheidung E. 6, 117/18 zutage, wo das Reichsgericht den Besitz ohne tatsächliche Innehabung, wie dieser dem Verpfänder an der dem Pfandnehmer übergebenen Sache nach preußischem Landrecht zustand, für das Vergehen einer Unterschlagung für ausreichend erklärte. Also lediglich die rechtliche Verfügungsmöglichkeit über die verpfändete Sache erfüllte nach der Ansicht des Reichsgerichts in diesem Fall schon das Verhältnis, in dem der Täter zu der Sache stehen mußte, um durch die Aneignung sich einer Unterschlagung schuldig machen zu können.

Weiterhin sei hier vor allem auch an die Grundsätze erinnert, nach denen das Reichsgericht die Fortdauer des Gewahrsams beurteilt[3].

[1] Es sei hier namentlich auch auf die wechselnden Erklärungen hingewiesen, die der Gewahrsamsbegriff des § 289 seitens des Reichsgerichts gefunden hat; vgl. oben S. 79 ff.

[2] Siehe oben S. 5 u. S. 41 Anm. 1.

[3] Vgl. oben S. 26 ff.

Nach seiner Auffassung habe ich z. B. den Gewahrsam an den von mir in meiner Wohnung zurückgelassenen Sachen, mag ich mich auch in einem andern Lande oder gar in einem andern Weltteil aufhalten, solange diese in der Wohnung verbleiben. Der Dieb also, der während meiner Abwesenheit von diesen Sachen eine wegnimmt, verletzt mich, hebt meinen Gewahrsam auf.

Auch in diesen Fällen sieht demnach das Reichsgericht von dem sonst so stark betonten räumlichen Verhältnis zur Gewahrsamssache und der dadurch ermöglichten faktischen Einwirkungsmöglichkeit auf diese ab und findet lediglich die rechtliche Beziehung, in welcher der bisherige tatsächliche Inhaber zur Sache steht, verbunden mit dem Willen, den Gewahrsam trotz des Entferntseins beizubehalten, für die Fortdauer des letzteren für genügend, — also auch hier ein Gewahrsam ohne tatsächliche Grundlage, der nach außen nicht durch tatsächliche Herrschaftsausübung in die Erscheinung tritt, und der damit im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Gewahrsam steht, welcher diese tatsächliche Gewalt, ein „durchaus reales Substrat", zur Voraussetzung hat.

Mit der zweiten Art des Gewahrsamsbegriffes, welcher sich aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu den §§ 242, 246 ableiten läßt, hat eine gewisse Ähnlichkeit das Verhältnis, in das der Beamte bzw. die Behörde nach § 137 zu den von ihnen in Beschlag genommenen Gegenständen treten, wenn sie diese dem bisherigen Inhaber weiterbelassen. Dadurch wird an sich die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit seitens des letzteren nicht geändert. Doch hat die Vollziehung der Beschlagnahme dem Beamten oder der Behörde über die Sachen ein Verfügungsrecht verschafft, das seinen Grund und seine Rechtfertigung in dem obrigkeitlichen Akt der Verstrickung findet. Dieses ist in

gleicher Weise, wie die oben erwähnte besondere Gewahrsamsart der §§ 242, 246, nicht durch eine wirkliche Innehabung der beschlagnahmten Sachen verkörpert; sein Bestehen fußt lediglich auf rechtlicher Grundlage.

Auch in manchen Entscheidungen, welche vom amtlichen Aufbewahrungsbesitz der §§ 133, 348, Abs. 2, 349, 354, 355 handeln[1], hat dieser entweder die rein tatsächliche Seite, die Innehabung, ganz eingebüßt, oder sie spielt nur eine sehr untergeordnete Rolle. Trotzdem erkennen diese das Vorliegen eines amtlichen Gewahrsams an, wiewohl dessen Inhalt mit dem Gewahrsam im gewöhnlichen Sprachgebrauch nur wenig mehr gemein hat.

Ganz ähnlich kann auch der Gewahrsam des durch § 289 Geschützten gestaltet sein. Das Verhältnis, in dem derselbe zu der seiner Verfügungsgewalt unterstellten Sache steht, ist bisweilen nichts anderes als ein hieraus entspringendes Recht, ohne daß er auch in eine räumliche Beziehung zu der von ihm beherrschten Sache getreten ist.

Im Grunde genommen lassen sich also aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zwei Hauptarten von Gewahrsam herleiten, die eine bestehend in der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache durch Ausübung der faktischen Verfügungsgewalt, die andere lediglich auf einer rechtlichen Grundlage ruhend, bei der das tatsächliche Moment des Innehabens sich ganz verloren hat oder doch sehr gegen die erstere zurückgetreten ist.

Deswegen und etwa auch mit Rücksicht auf den in der übrigen Rechtsprechung und in der Literatur verschiedenartig gedeuteten Gewahrsamsbegriff aber eine Erläuterung dieses Begriffs in Form einer De-

[1] Vgl. z. B. E. 19, 319/20, oben S. 69 u. Anm. 2 daselbst.

finition in dem künftigen Strafgesetzbuch zu verlangen, wie dies Harburger S. 366/67 tut, erscheint mir zu weit gegangen.

Es darf vor allem mit Grund bezweifelt werden, ob es überhaupt möglich ist, eine solche zu geben, welche in allen bei der Vielgestaltigkeit des Lebens erdenkbaren und tatsächlich eintretenden Fällen eine dem Rechtsempfinden wie der Rechtsanwendung gerecht werdende Entscheidung zuläßt. Die Aufnahme einer solchen Definition in das Gesetz würde die Gefahr in sich bergen, nicht für alle Möglichkeiten das Richtige getroffen zu haben, und würde es zugleich der Rechtsprechung unmöglich machen, im einzelnen Fall diesem Begriff eine Deutung zu geben, welche den gegebenen Verhältnissen und der allgemeinen Rechtsauffassung am ehesten entspricht. Schon um diese Gefahr zu vermeiden, sollte es wie bisher der Wissenschaft und der Rechtsprechung vorbehalten bleiben, diesen Begriff zu bestimmen, selbst wenn infolgedessen seitens der Gerichte hin und wieder Entscheidungen ergehen sollten, die man schon „als stark gefühlsmäßige“ ansprechen müßte[1].

[1] Vgl. hierzu Mittermaier in Aschrott und v. Liszt: Reform des R.St.G.B., II. Bd., besonderer Teil, 1910, S. 351.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 22. Januar 1884 als Sohn des † Mühlenbesitzers Julius Krahmer und der Barbara, geb. Müller, zu Philippsburg (Baden).

Nach bestandener Reifeprüfung im Juli 1903 am Gymnasium zu Baden-Baden studierte ich in Freiburg i. Br., Tübingen, Straßburg i. E. und Heidelberg Rechtswissenschaft. Im Frühjahr 1907 bestand ich die badische erste juristische Prüfung. Darauf war ich im staatlichen Vorbereitungsdienst tätig und legte Ende 1911 das zweite juristische Staatsexamen ab.

Rudolf Krahmer,
Gerichtsassessor.